

# **Vedtak om omsorgsovertakelse ved generell omsorgssvikt**

Barnevernloven § 4-12 første ledd bokstav a

Kandidatnr: 276

Veileder: Kirsten Sandberg

Leveringsfrist: 25. april 2003

Til sammen 17878 ord

Dato 24. april 2003

## **Innholdsfortegnelse**

<b>1</b>	<b><u>INNLEDNING</u></b>	<b>1</b>
<b>1.1</b>	<b>PRESENTASJON AV EMNE</b>	<b>1</b>
<b>1.2</b>	<b>RETTSLIG PLASSERING</b>	<b>1</b>
1.2.1	GENERELT OM BARNEVERNSTILTAK	1
1.2.2	KORT OM PROSESSEN	2
1.2.3	OMSORGSVEDTAKETS FAKTISKE OG RETTSLIKE BETYDNING	3
<b>1.3</b>	<b>NÆRMERE OM HJEMMELSGRUNNLAGET</b>	<b>5</b>
1.3.1	DET RETTSLIGE UTGANGSPUNKT	5
1.3.2	LEGALITETSPRINSIPPET	6
1.3.2.1	Hjemmel	6
1.3.2.2	Som skranke på barnevernrettens område	6
1.3.3	DEN EUROPEISKE MENNESKERETTIGHETSKONVENSJON ARTIKKEL 8	7
1.3.3.1	Hjemmel	7
1.3.3.2	Som skranke på barnevernrettens område	8
1.3.4	LEX SUPERIOR-PRINSIPPET	8
<b>1.4</b>	<b>METODE</b>	<b>9</b>
<b>1.5</b>	<b>PRESENTASJON AV HOVEDPROBLEMSTILLINGENE I OPPGAVEN OG DEN VIDERE FREMSTILLING</b>	<b>10</b>
<b>1.6</b>	<b>AVGRENSNING</b>	<b>12</b>
<b>2</b>	<b><u>HOVEDPRINSIPPER SOM BARNEVERNLOVEN BYGGER PÅ</u></b>	<b>14</b>
<b>2.1</b>	<b>TRE GRUNNPILARER I BARNEVERNLOVEN</b>	<b>14</b>
2.1.1	DET BIOLOGISKE PRINSIPP	14
2.1.2	DET MINSTE INNGREPS PRINSIPP	15
2.1.3	PRINSIPPET OM HENSYNET TIL BARNETS BESTE	16
<b>3</b>	<b><u>HJEMMELSGRUNNLAGET</u></b>	<b>18</b>

<b>3.1</b>	<b>GRUNNVILKÅRET FOR GENERELL OMSORGSSVIKT – BVL § 4-12 FØRSTE LEDD</b>	
	<b>BOKSTAV A</b>	<b>18</b>
3.1.1	”ALVORLIGE MANGLER”	18
3.1.1.1	Omsorgssviktens varighet og art	21
3.1.2	”DAGLIGE OMSORG”	22
3.1.3	”PERSONLIGE KONTAKT OG TRYGGHET”	23
3.1.4	NÅTIDSVURDERING AV INNGREPSVILKÅRET	25
3.1.5	GENERELLE RETNINGSLINJER I DEN KONKRETE SKJØNNMESSIGE REGELANVENDELSEN	25
3.1.5.1	Innledning	25
3.1.5.2	Foreldrenes omsorgsevne	26
3.1.5.3	I forhold til det aktuelle barn	27
3.1.5.4	Personlighetstrekk ved foreldrene	28
3.1.5.5	Samlet omsorgsevne	29
3.1.5.6	Helse- eller utviklingsskade eller slik skaderisiko	30
<b>3.2</b>	<b>INNGREPET MÅ VÆRE NØDVENDIG – BVL § 4-12 ANNET LEDD</b>	<b>33</b>
3.2.1	NØDVENDIG UT FRA BARNETS AKTUELLE SITUASJON	34
3.2.2	TILFREDSSTILLENDENDE FORHOLD FOR BARNET VED HJELPETILTAK	35
<b>4</b>	<b><u>INNGREP BARE DERSOM DETTE ER TIL DET BESTE FOR BARNET - SKJØNNsutøvelsen</u></b>	<b>39</b>
<b>4.1</b>	<b>BETYDNINGEN AV ”KAN”</b>	<b>39</b>
4.1.1	FRIHET TIL ELLER KOMPETANSE TIL	39
4.1.2	PRINSIPPET OM HENSynet TIL BARNETS BESTE	39
<b>4.2</b>	<b>MOMENTER SOM INNGÅR I PRINSIPPET OM HENSynet TIL BARNETS BESTE</b>	<b>41</b>
4.2.1	INNLEDNING	41
4.2.2	”STABIL OG GOD VOKSENKONTAKT” OG ”KONTINUITET I OMSORGEN”	41
4.2.3	BARNETS EGET ØNSKE	42
4.2.4	EN PLASSERING MÅ VÆRE BEDRE FOR BARNET	48
<b>5</b>	<b><u>HVEM SOM TAR DE KONKRETE SKJØNNMESSIGE VURDERINGENE OG HVEM SOM STÅR FOR SKJØNNsutøvelsen</u></b>	<b>51</b>
<b>5.1</b>	<b>INNLEDNING</b>	<b>51</b>
<b>5.2</b>	<b>SAKKYNDIG KOMPETANSE</b>	<b>52</b>
<b>5.3</b>	<b>DOMSTOLSKONTROLLEN</b>	<b>54</b>

5.3.1	ALMINNELIG DOMSTOLSKONTROLL MED FORVALTNINGSVEDTAK	54
5.3.2	DOMSTOLSKONTROLL AV TVANGSVEDTAK ETTER BARNEVERNLOVEN	54
<b><u>6</u></b>	<b><u>AVSLUTNING</u></b>	<b><u>57</u></b>
<b>6.1</b>	<b>HOVEDFUNN I PROBLEMSTILLINGENE</b>	<b>57</b>
<b><u>7</u></b>	<b><u>LITTERATURLISTE</u></b>	<b><u>59</u></b>

## **1 Innledning**

### **1.1 Presentasjon av emne**

Tema for fremstillingen er det offentlige mulighet til å overta omsorgen med tvang når barnet utsettes for generell omsorgssvikt.

### **1.2 Rettslig plassering**

#### **1.2.1 Generelt om barnevernstiltak**

Omsorgsovertakelse er en alvorlig offentlig myndighetsutøvelse overfor barn og foreldre, som fratar foreldrene retten til å ha omsorg for egne barn. Et slikt tiltak krever derfor hjemmel i lov i henhold til legalitetsprinsippet. Jeg behandler legalitetsprinsippet i punkt 1.3.2. Lov om barneverntjenester (barnevernloven/bvl) av 17. juli 1992 nr. 100, gir hjemmel for flere ulike inngrep, hvor et av dem er omsorgsovertakelse. Loven innebærer likevel ikke en fri kompetanse for det offentlige til å velge mellom lovens tiltak. Omsorgsvedtak er et av de alvorligste tiltakene som hjemles, og loven gir derfor ikke kompetanse til å velge dette som det første tiltaket.

Tiltak etter barnevernloven kan deles inn etter frivillige tiltak og tvangstiltak. Noe unøyaktig kan man si at det er den kommunale barneverntjenesten som har kompetanse til å fatte vedtak om frivillige tiltak, mens tvangsvedtak er tillagt fylkesnemnda.

Et offentlig inngrep må alltid starte med den mildeste form for inngrep, jf blant annet bvl § 4-12 annet ledd, jf det minste inngreps prinsipp i kapittel 2.

Hjelpetiltak er det mildeste tiltak. Det må være forsøkt eller i det minste vurdert.

Hjelpetiltak omfatter både frivillige og tvangstiltak, jf bvl §§ 4-4, 4-10 og 4-11. Jeg går ikke noe nærmere inn på dem. Hjelpetiltak forutsetter at barnet blir boende hos foreldrene, med unntak av § 4-4 femte ledd. Dersom hjelpetiltak ikke er tilstrekkelig

eller ikke fører frem, kan det vurderes om det skal skje omsorgsvedtak, forutsatt at vilkårene er oppfylt, jf bvl §§ 4-12 og 4-8 annet og tredje ledd. Omsorgsvedtak fratar foreldrene den vesentligste delen av foreldreansvaret; den daglige omsorgen. Det nest alvorligste tiltaket etter barnevernloven er ansvarsovertakelse, jf § 4-20 første ledd. Vedtaket forutsetter et omsorgsvedtak. Det alvorligste tiltaket er adopsjonssamtykke, jf § 4-20 annet ledd. Vedtaket krever at det på forhånd må ha skjedd et omsorgsvedtak og foreldreansvaret må være fratatt foreldrene. Adopsjonsvedtaket følger lov om adopsjon (adopsjonsloven) av 28. februar 1986 nr. 8. Adopsjonsvedtak er i motsetning til de andre tiltakene ikke midlertidig.

### 1.2.2 Kort om prosessen

Vedtak om omsorgsovertakelse avgjøres av fylkesnemnda, jf bvl § 4-12 siste ledd, jf kapittel 7 som henviser til lov om sosiale tjenester m.v.(sosialtjenestelovens/sotjl) av 13. desember 1991 nr. 81 kapittel 9.

Etter bvl § 7-2 første ledd bokstav e, fatter fylkesnemnda vedtak om omsorgsovertakelse etter forslag fra barneverntjenesten, jf bvl § 7-3. Fylkesnemnda trer med andre ord ikke i virksomhet på eget initiativ.

Fylkesnemnda er et statlig forvaltningsorgan med domstolsliknende myndighet. I og med at fylkesnemnda er et forvaltningsorgan er det saksbehandlingsreglene i lov om behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven/fvl) av 10. februar 1967, som i utgangspunktet skal anvendes. Opprettelsen av fylkesnemndene er hjemlet i sosialtjenestelovens kapittel 9, og saksbehandlingen i fylkesnemnda følger derfor de prosessuelle særreglene i sotjl kapittel 9, jf fvl § 1. Både særreglene i bvl kapittel 7 og i sotjl kapittel 9 henviser til reglene i lov om rettegangsmåten i tvistemål (tvistemålsloven/tvml) av 13. august 1915 nr. 6 og lov om domstolene (domstolsloven) av 13. august 1915 nr. 5, så langt de passer for saksbehandlingen i fylkesnemnda.

Vedtak i fylkesnemnda kan ankes videre til tingretten, jf bvl § 7-1 i, som henviser til sotjl § 9-10. Ved anke til domstolene er det tvml kapittel 33, jf sotjl § 9-10 siste ledd,

som kommer til anvendelse. Tvml kapittel 33 er et unntak fra domstolenes alminnelige prøvingsrett av forvaltningsvedtak etter tvml kapittel 30.

Tingretten skal settes med to meddommere i tillegg til den juridiske fagdommeren, jf sotjl § 9-10 annet ledd. Tingrettens dom kan ankes til lagmannsretten, jf sotjl § 9-10 fjerde ledd. Lagmannsretten skal settes med to fagkyndige- og to lege meddommere i tillegg til de tre juridiske fagdommerne. Lagmannsrettens dom kan ankes videre til Høyesterett som settes med fem juridiske fagdommere.

Når ett år har gått etter siste avgjørelse, uten at omsorgsvedtaket har blitt opphevet, kan saken starte på nytt i fylkesnemnda, jf tvml § 486, jf bvl § 4-21 annet ledd.

### 1.2.3 Omsorgsvedtakets faktiske og rettslike betydning

Foreldrenes rettigheter og plikter overfor egne barn er lovfestet i lov om barn og foreldre (barneloven/bl) av 8. april 1981 nr. 7 § 30. Bestemmelsen er en generell regulering av foreldreansvaret. Ansvarer er delt i to hoveddeler, ved henholdsvis omsorgsansvaret (første ledd første punktum, jf annet ledd.) og foreldrenes bestemmelsesrett og –plikt. Det siste relaterer seg bare til barnets personlige forhold, og ikke de økonomiske, som reguleres av vergemålsloven<sup>1</sup>.

Et omsorgsvedtak innebærer et offentlige, rettslig og faktisk, inngrep i familielivet. Det faktiske inngrepet innebærer at barnet fysisk flyttes ut av foreldrehjemmet og til fosterforeldre eller en institusjon. Omsorgen utøves av utenforstående personer på vegne av barnevernet. Bvl § 4-14 reguler nærmere hvem som skal utøve den daglige omsorgen på barnevernets vegne. Jeg går ikke noe nærmere inn på bestemmelsen.

Omsorgsovertakelse skal likevel ikke innebære et totalt faktisk brudd mellom barnet og familien. Det er viktig å understreke at barneverntjenesten skal sørge for at det opprettholdes en forsvarlig kontakt mellom barnet og familien gjennom samværsordninger. Omsorgsvedtak er ment å være av midlertidig karakter, og målet er

---

<sup>1</sup> Smith 1999 side 76 flg.

at barnet skal tilbakeføres til familien. Det er derfor viktig at familien, i tiden barnet er under omsorg, ikke blir fremmedgjort for barnet. Dette er også fremholdt av Den europeiske menneskerettighetsdomstol (EMD) ved avgjørelse av saker etter Den europeiske menneskerettighetskonvensjon (EMK) av 4. november 1950 art 8, jf punkt 1.3.3.

Barnevernloven bygger på skillet mellom foreldreansvaret og omsorgsansvaret i bl § 30. Ved omsorgsvedtak forblir det et restansvar hos foreldrene i kraft av foreldreansvaret. Grensedragningen mellom hva som rettslig sett overtas og hva som blir igjen, er vanskelig å avgjøre ved omsorgsovertakelse. I forarbeidene (NOU 1985: 18<sup>2</sup> og Ot. prp. nr. 44<sup>3</sup>) ble det foreslått at det skulle skje en ansvarsovertakelse, for å unngå den vanskelige grensedragningen som hadde vært etter bvl 1953. Forslaget ble imidlertid ikke fulgt opp av Stortinget, som valgte å beholde skille mellom foreldreansvaret og omsorgen (jf Innst. O.nr. 80<sup>4</sup>). Dette er noe av grunnlaget for at grensedragningsproblematikken ikke er nærmere definert og utredet i forarbeidene. Forarbeidene gir derfor ingen veiledning på dette punktet. Bvl § 4-18 regulerer hvem som har ansvaret for omsorgen i foreldrenes sted etter et omsorgsvedtak, men den regulerer ikke grensedragningen for hva som rettslig overtas av barnevernet og hva som blir igjen hos foreldrene. Bestemmelsen tar bare for seg ansvarsfordelingen mellom barnevernet og de som skal utøve omsorgen på barnevernets vegne, jf første ledd. Annet ledd i § 4-18 er uheldig utformet etter at skillet mellom å frata omsorgen og å frata ansvaret ble opprettholdt. Annet ledd gir fylkesnemnda kompetanse til å gi foreldrene bestemmelsesrett i spørsmål som ikke gjelder den daglige omsorg. Denne bestemmelsesretten har foreldrene allerede i kraft av sitt restansvar i foreldreansvaret. Annet ledd har derfor ingen selvstendig betydning.

---

<sup>2</sup> NOU 1985: 18 Lov om sosiale tjenester m.v.

<sup>3</sup> Ot. prp. nr. 44 (1991-92) Om lov om barneverntjenester (barnevernloven)

<sup>4</sup> Innst. O. nr. 80 (1991-92)



### 1.3 Nærmere om hjemmelsgrunnlaget

#### 1.3.1 Det rettslige utgangspunkt

Etter norsk rett er utgangspunktet at omsorgen for og oppdragelsen av barn, tilkommer foreldrene. Denne hovedregelen er et grunnleggende prinsipp i vår samfunnsstruktur og de verdivalg denne bygger på. Oppfostring av egne barn er et privat forhold som ligger innenfor foreldrenes private autonomi. Borgerne har krav på privatlivets fred, som innebærer at den enkelte har frihet til å velge sitt liv, også familielivet.

Dette rettslige utgangspunktet er fremhevet i forarbeidene (NOU 1985: 18 side 157) og i rettspraksis i eksempelvis Rt 1999 side 1883 (side 1888):

”Som Høyesterett har påpekt i flere tidligere avgjørelser, bygger barnevernloven på at barn normalt skal vokse opp hos foreldrene.”

Dette er også i samsvar med hva som uttrykkes i Rt 1984 side 289:

”... må jeg oppfatte det som lovens utgangspunkt (...) at barn bør vokse opp hos sine biologiske foreldre.”

Foreldrenes rett til omsorg for egne barn er også lovfestet i bl § 30, jf tidligere.

Omsorgsvedtak innebærer at det offentlige foretar et omfattende og alvorlig inngrep overfor den enkelte. Det handler om tvangsmessig atskillelse av barn og foreldre, som kanskje er det mest sensitive området i et menneskets liv. Det innebærer en alvorlig begrensning i barn-foreldre-relasjonen, av både faktisk og rettslig art. I tillegg kan inngrepet medføre vedvarende skader både på barnet og foreldrene, særlig med hensyn til de psykiske ulempene dette fører med seg. Det som her er sagt tilsier, at det må være skranker for hva det offentlige kan foreta seg overfor den enkelte familie.

Skrankene er legalitetsprinsippet, Den europeiske menneskerettighetskonvensjon (EMK) artikkel 8 og Lex superior-prinsippet. Hver enkelt av disse skrankene er tilstrekkelige mot inngrep, fordi de alle stiller krav til hjemmel i formell lov.

### 1.3.2 Legalitetsprinsippet

#### 1.3.2.1 Hjemmel

Legalitetsprinsippet er ikke generelt hjemlet i noen formell lov og heller ikke i grunnloven. Det har likevel hatt en lang, ensartet og uavbrutt tradisjon i vår forfatning, og har vært etterfulgt som en forpliktende rettsregel. Følgelig er prinsippet blitt en konstitusjonell sedvanerett, som innebærer grunnlovs rang.

#### 1.3.2.2 Som skranke på barnevernrettens område

Forholdet mellom barn og foreldre handler om naturlig sterke følelsesmessige bånd. I dette forholdet skjer det en oppbygning av den personlige identitet og den enkeltes integritet, både i forhold til private sosiale relasjoner, og generelt som en samfunnsborger. Dette er i kjerneområdet av legalitetsprinsippet. Prinsippet skal verne den enkelte og dennes familie mot vilkårlige inngrep fra det offentlige, som innskrenker denne frie relasjonen.

Omsorgsovertakelse er en offentlig myndighetsutøvelse som krever lovhjemmel som kompetansegrunnlag. Lovskravet omfatter både det rettslige og det faktiske inngrepet. Det rettslige aspektet omfatter fylkesnemndas avgjørelse om at omsorgsovertakelse skal skje. Det faktiske omfatter den konkrete handlingen ved at barnevernet overtar omsorgen ved å flytte det ut av hjemmet. Begge typer inngrep må omfattes av legalitetsprinsippet krav om lovhjemmel, for at det offentlige ikke skal ha mulighet til å omgå hjemmelskravet, ved å bare foreta det faktiske inngrepet, og utelate den rettslige prosessen.

Legalitetsprinsippet krav er oppfylt ved barnevernloven<sup>5</sup>. Tvangsinngrep ved omsorgsovertakelse er hjemlet i §§ 4-12 og 4-8 annet og tredje ledd.

Legalitetsprinsippet har også et krav til lovhjemmelens innholdsmessige klarhet, ellers ville det være for lett å omgå hensynet bak prinsippet, om å verne borgerne mot

---

<sup>5</sup> Lindboe 1998 side 43

vilkårlige forvaltningsavgjørelser. Ved vedtakelsen av lover delegerer Stortinget, i noen tilfeller, en stor del av sin myndighet til forvaltningen, ved at lovens utforming er vag og skjønnsmessig. Da vil det være opp til forvaltningen i det enkelte tilfelle å avgjøre hva som omfattes av loven. Dette går utover forutberegneligheten.

Hvor sterkt legalitetsprinsippet gjør seg gjeldende på det enkelte livsområdet, er avhengig av inngrepets art. Tvangsvedtak omfatter kjerneområdet av legalitetsprinsippet, som gjør at kravet til lovens kvalitet er streng. Dette gjelder for eksempel i motsetning til de frivillige hjelpetiltakene, der prinsippet ikke gjør seg gjeldende på samme måte, fordi dette ikke vil være et inngrep.

Omsorgsovertakelse, som inngrepsart, tilsier et krav om et klart innhold i lovbestemmelsen. Det skal være liten tvil om hva som omfattes av loven. Når det gjelder formålet med omsorgsovertakelsen, å hjelpe barn som lider overlast i sitt hjemmemiljø, trekker dette i motsatt retning, dvs et mindre skjerpet krav til lovsinnholdet. Det man kan si er at legalitetsprinsippet har liten virkning på barnevernrettens område, dersom hensynet til barnet tilsier noe annet. I Rt 1992 side 242 er det likevel fremholdt at det å bli fratatt barn, er et av de alvorligste inngrep mennesker kan utsettes for, og derfor må man ikke vanne ut legalitetsprinsippet.

### 1.3.3 Den europeiske menneskerettighetskonvensjon artikkel 8<sup>6</sup>

#### 1.3.3.1 Hjemmel

Den europeiske menneskerettighetskonvensjon (EMK), er inkorporert i norsk lov, ved lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven) av 21. mai 1999 nr. 30 § 2. Dette innebærer at EMK har blitt gjort til norsk lov på linje med annen intern lovgivning, og er med dette ikke bare en folkerettslig forpliktelse. Menneskerettsloven § 3 bestemmer at EMK ved motstrid med annen intern lovgivning skal gå foran.

---

<sup>6</sup> Loftsgaard 1997 side 69 flg.

### 1.3.3.2 Som skranke på barnevernrettens område

EMK artikkel 8 er den særskilte regelen som beskytter foreldrenes rett til familieliv. Hovedformålet med EMK art. 8, er i hovedtrekk det samme som det som er sagt i forhold til legalitetsprinsippet, å beskytte individet mot vilkårlige inngrep fra offentlig myndighet, jf første ledd. Annet ledd gjør unntak fra dette, dersom inngrepet har hjemmel i lov, skjer ut fra et legitimt formål og dersom inngrepet er nødvendig i et demokratisk samfunn. Med hensyn til lovskavet, dets innhold og det legitime formål, samsvarer dette med hva jeg har sagt om legalitetsprinsippet, og viser derfor til dette.

Vilkåret om at inngrep må være nødvendig i et demokratisk samfunn, innebærer at det må gjelde samfunnsmessige sterke hensyn. Lotte Pernille Loftsgaard<sup>7</sup> (side 79) uttrykker det slik, at inngrep ikke skal være utelukket, men det må noe mer til enn at det er rimelig, vanlig, akseptabelt eller ønskelig. I tillegg gjelder det et krav om forholdsmessighet mellom mål og middel, som er henholdsvis å sikre barn en trygg og god oppvekst og det å frata dem omsorgen av foreldrene. Dette er i overensstemmelse med annet ledd i bvl § 4-12. Utgangspunktet for omsorgsovertakelse, er etter EMK art. 8, at den skal være midlertidig, og skal opphøre så snart forholdene ligger til rette for det. Målet skal være å tilbakeføre omsorgen. Dette samsvarer med bvl § 4-21 første ledd.

Barnevernloven er antatt å være i samsvar med de krav som EMK art. 8 stiller, jf Rt 2002 side 875, der retten sier:

”Jeg kan ikke se at de rettigheter som følger av EMK artikkel 8 går lenger eller er andre enn det som følger av de strenge vilkår for omsorgsovertakelse etter barnevernloven.”

### 1.3.4 Lex superior-prinsippet

Foreldrenes omsorgsrett er regulert i bl § 30. Loven sier i første ledd annet punktum, at det er foreldrenes rett og plikt til å ta avgjørelser i barnets personlige forhold. Dette kan forutsetningsvis tolkes slik, at andre utenforstående ikke har rett til å bestemme på tvers

---

Smith 1991 side 101-122

av foreldrene, eller i stedet for foreldrene. Dersom offentlig myndighet skal ta avgjørelser på barnets vegne, uten samtykke fra foreldrene, må de ha hjemmel i lov. Dette følger av Lex superior-prinsippet, som innebærer at et tvangsmessig inngrep i foreldrenes omsorgsoppgave, bare kan skje ved lov eller i medhold av lov.

#### 1.4 Metode

Problemstillingene er stilt ut fra en juridisk vinkling og tolking. Løsningene på problemstillingene vil bli drøftet ut fra en juridisk metode i tradisjonell forstand. Det vil si at drøftelsene styres ut fra rettskildefrinsippene om relevans, slutning og vekt anvendt på de tradisjonelle rettskildefaktorene som lovtekst, forarbeider, rettspraksis, juridisk litteratur, reelle hensyn og internasjonale konvensjoner. Når det gjelder internasjonale konvensjoner som rettskildefaktor, er det menneskerettighetsinstrumentene ved blant annet EMK og FN-konvensjonen om barns rettigheter (barnekonvensjonen) av 20. november 1989 som er brukt.

Vi befinner oss i legalitetsprinsippets kjerneområde. Det betyr at lovteksten, som rettskildefaktor, vil ha en sentral plass; ikke bare som et utgangspunkt for drøftelsene, men også med hensyn til hvor strengt man må holde seg til lovtekstens ordlyd ved løsningen av den enkelte problemstillingen. Barnevernretten omhandler imidlertid komplekse følelsesmessige forhold mellom barn og foreldre, og hvor deres interesser kan stå mot hverandre. De begreper og vilkår som blir brukt i disse sakene kan derfor ikke kun gis et innhold ut fra en juridisk tolking. Tolkingsprosessen er også avhengig av at det tilføres annen faglig erfaringskunnskap, med hensyn til menneskelige reaksjonsmønstre, og hvordan dette kan påvirke situasjonen konkret. Det er med andre ord meget sammensatte saker, som stiller krav til at det gis rom for konkrete individuelle vurderinger. Jussens automatikk lar seg følgelig ikke gjøre å gjennomføre i samme utstrekning som innen mange andre rettsområder. Rettspraksis vil følgelig ikke i samme utstrekning som ofte ellers, danne prejudikater. Likevel har en omfattende rettspraksis tidligere laget normer for tolking av den gamle barnevernloven, som har blitt kodifisert i den nye barnevernloven. Det innebærer at tidligere rettspraksis har betydning for hvordan nåværende lov skal tolkes. Følgelig vil rettspraksis både etter

gammel og ny lov bli brukt i denne oppgaven. Rettspraksisen vil bli brukt som illustrasjon på anvendelse av jussen i det enkelte tilfelle.

### 1.5 Presentasjon av hovedproblemstillingene i oppgaven og den videre fremstilling

Fylkesnemnda har hjemmel til å treffe vedtak om omsorgsovertakelse, jf bvl § 4-12 siste ledd, jf kap. 7.

Et omsorgsvedtak består av to hovedelementer. For det første er det rettsanvendelsesprosessen, som innebærer at minst ett av de fakultative inngrepskriteriene etter første ledd må være oppfylt, samt at kravet i annet ledd om nødvendighet må være oppfylt. Rettsanvendelsesprosessen i disse sakene fører ikke til automatiske rettsfølger, den innebærer bare en avklaring av om fylkesnemnda har kompetanse til eventuelt å fatte et omsorgsvedtak. For det annet er det skjønnsutøvelsesprosessen. Fylkesnemnda gis et valg om den vil ta i bruk sin kompetanse, og i så fall hvordan den vil anvende kompetansen innenfor lovens rammer<sup>8</sup>. Det er dette som omfattes av ”kan-vurderingen” i første ledd.

Omsorgsvedtak basert på første ledd bokstav a, kan skje ”dersom det er alvorlige mangler ved den daglige omsorg som barnet får, eller alvorlige mangler i forhold til den personlige kontakt og trygghet som det trenger etter sin alder og utvikling.” Disse kriteriene er vage, det er derfor ikke gitt hva de innebærer. Det er med andre ord lagt opp til en skjønnsmessig regelanvendelse. Spørsmålet er hvor normbundet denne regelanvendelsen er. Dette skal drøftes i kapittel 3.

Inngrepskriteriene etter første ledd a, er generelt begrenset i annet ledd, der det heter:

”Et vedtak etter første ledd kan bare treffes når det er nødvendig ut fra den situasjon barnet befinner seg i.”

---

<sup>8</sup> Boe 1993 side 49 flg.

Nødvendighetskravet er nærmere presisert i annet ledd annet punktum, ved at det ikke kan skapes tilfredsstillende forhold ved hjelpetiltak<sup>9</sup>. Hvor omfattende hjelpetiltak som kan kreves er ikke nærmere avgrenset i loven. Dette vil også bli drøftet i kapittel 3.

Omsorgsvedtak er et tvangsvedtak overfor foreldrene. Det vil si at barnets problemer må ha sammenheng med foreldrene og familiemiljøet. Følgelig er det sentrale spørsmålet, både etter inngrepskriteriet i a, og begrensningen i annet ledd, om foreldrene har tilstrekkelig omsorgsevne. Hva som ligger i dette vurderingstemaet vil bli behandlet i kapittel 3.

Skjønnsutøvelsesprosessen baseres på en ”kan-vurdering”. Omsorgsvedtak er i kjernen av legalitetsprinsippet, og følgelig blir den sentrale problemstillingen hvor fri skjønnsutøvelsen kan være og er konkret. Den viktigste retningslinjen for skjønnsutøvelsen presiseres nærmere i bvl § 4-1 om hensynet til barnets beste. Dette prinsippet vil bli behandlet i kapittel 2 og 4. Mye av sakens kjerne for omsorgsovertakelse<sup>10</sup> ligger i hva hensynet til barnets beste innebærer. Prinsippet medfører en helhetsvurdering hvor det legges vekt på ulike momenter, men noen av momentene er ansett som så sentrale, at de er lovfestet i § 4-1 annet punktum, vedrørende ”stabil og god voksenkontakt” og ”kontinuitet i omsorgen”. I og med at det er en skjønnsutøvelsesprosess, er det ikke gitt hva resultatet vil bli. Dette vil bli nærmere behandlet i kapittel 4.

Både med hensyn til den skjønnsmessige regelanvendelsen og skjønnsutøvelsen, vil det være naturlig å spørre hvem som tar disse avgjørelsene. Temaet vil bli behandlet i kapittel 5. Kapitlet vil omfatte bruk av sakkyndig ekspertise, og rettens mulighet til overprøvelse av omsorgsvedtak.

---

<sup>9</sup> Lindboe 1998 side 91

<sup>10</sup> NOU 2000: 12 side 181 punkt 15.2 annet avsnitt

## 1.6 Avgrensning

Omsorgsvedtak kan hjemles både i bvl § 4-12 og § 4-8 annet og tredje ledd, enten det skjer med foreldrenes samtykke eller ikke. I tillegg kan foreldrene foreta en frivillig plassering av barnet utenfor hjemmet, som et hjelpetiltak etter § 4-4 femte ledd. En plassering som hjelpetiltak innebærer ikke en rettslig omsorgsovertakelse, men faktisk vil det innebære mye av det samme som et omsorgsvedtak for barnet. Følgelig vil en slik plassering føles like alvorlig for barnet.

Fremstillingen omfatter ikke omsorgsvedtak etter § 4-8 annet og tredje ledd, fordi bestemmelsene vil ha liten selvstendig betydning utover hva som reguleres av bvl § 4-12. Avgrenser mot frivillig plassering som hjelpetiltak, fordi dette ikke er omsorgsvedtak. Avgrenser mot de øvrige inngrepskriteriene i § 4-12 første ledd utover alternativ a, fordi mange av disse vilkårene er mer spesifikke situasjoner som også kan omfattes av alternativ a. Kriteriet i første ledd bokstav a, omfatter generell omsorgssvikt, dvs. at omsorgssituasjonen er generelt dårlig. Dette er en sekkebestemmelse, og det er mer diffust hva som omfattes av kriteriet. Dette er interessant å drøfte. Generell omsorgssvikt er også det kriteriet som brukes oftest til å hjemle omsorgsvedtak i praksis. Det kan imidlertid være at jeg kommer noe inn på de øvrige inngrepskriteriene etter første ledd, ved bruk av rettspraksis som tolkingsfaktor.

I rettsavgjørelser er det ikke alltid like entydig hvilket inngrepsvilkår som er brukt til å hjemle et vedtak. Enkelte ganger kan det virke som om retten foretar en helgardering, ved å bruke flere kriterier enn hva den konkrete situasjonen tilsier at er nødvendig. Dette medfører at det ikke alltid er like klart hva slags tolkingsmomenter som omfattes av det enkelte kriterium. Jeg kommer derfor til å kommentere de øvrige inngrepsvilkårene der disse belyser, eller blir brukt i sammenheng med vilkår a. I tillegg kan det ved enkelte avgjørelser virke som om retten innfortolker noen av de andre kriteriene i alternativ a. Dette refererer seg spesielt til vilkår d, som blir omfattet av a ved enkelte rettsavgjørelser.

Det avgrenses mot å behandle saksbehandlingsreglene ved omsorgsvedtak i sin helhet, både ved behandlingen i fylkesnemnda og ved de ulike ankeinstansene. Noen



prosessuelle spørsmål vil likevel bli berørt i kapittel 5 i forbindelse med bruk av sakkyndighet og domstolskontroll.

## 2 Hovedprinsipper som barnevernloven bygger på

### 2.1 Tre grunnpilarer i barnevernloven

Det er tre grunnpilarer som ligger til grunn for dagens barnevernlov og den praksis som knytter seg til både til den gamle og nye barnevernloven. Disse prinsippene er det biologiske prinsipp, det minste inngreps prinsipp og hensynet til barnets beste.

I et historisk perspektiv har ikke disse prinsippene alltid vært fremtredende<sup>11</sup>. Den første barnevernloven i Norge, Vergerådsloven av 1896, bygget på at tiltak i første rekke var å sette bort barn. Barnevernloven av 1953 gikk bort fra denne praksisen og tok heller sikte på å hjelpe barna i hjemmet, og nedtonet dermed tvangsaspektet rundt barnet. Dagens barnevernlov bygger på den samme tankegangen som barnevernloven av 1953.

#### 2.1.1 Det biologiske prinsipp

Det biologiske prinsipp er ikke direkte hjemlet i barnevernloven. Prinsipper er heller ikke direkte formulert i forarbeidene, men det har likevel kommet til uttrykk i forarbeidene ved utformingen av den nye barnevernloven<sup>12</sup>. I forarbeidene (NOU 1985: 18 side 157) sies det:

”Det er et grunnleggende prinsipp i vårt samfunn at foreldrene selv sørger for sine barn. Selv om det påvises svikt hos foreldrene i deres forhold til barna – kanskje problemer av alvorlig karakter – er utgangspunktet derfor at problemene primært bør søkes bedret ved hjelpetiltak.”

Prinsippet har også blitt presisert som det rettslige utgangspunkt i rettspraksis, eksempelvis i Rt 1999 side 1883 (side 1888):

”Som Høyesterett har påpekt i flere tidligere avgjørelser, bygger barnevernloven på at barn normalt skal vokse opp hos foreldrene. Vilklårene for at det offentlige skal kunne overta omsorgen, er derfor strenge.”

---

<sup>11</sup> Knut Lindboe 1998 side 19

<sup>12</sup> NOU 2000: 12 side 180

Det biologiske prinsipp innebærer at barn normalt skal vokse opp hos sine biologiske foreldre. Dette er et valg ut fra de verdier vår samfunnsstruktur bygger på; at barn profiterer mest på å få vokse opp hos sine biologiske foreldre. Det er i tillegg et riktig verdivalg i henhold til den naturlig sterke følelsesmessige tilknytningen som er mellom barn og foreldre<sup>13</sup>. Vi er alle barn av våre foreldre, og det genetiske opphav gir oss tilhørighet, identitet og integritet. Mitt jeg er et produkt av en genetisk kombinasjon av mine foreldre. De biologiske foreldrene vil derfor alltid være vesentlige i et menneskets liv, uansett om de er psykologiske foreldre eller ikke.

Det biologiske prinsipp innebærer at et utenforstående inngrep i foreldre-barn-relasjonen, må være et unntak. Det har ført til en streng utforming og tolking av inngrepskriteriene i barnevernloven. Både forarbeidene og rettspraksis gir en presumsjon for dette.

Det biologiske prinsipp innebærer ikke bare en skranke i henhold til det å foreta et offentlig inngrep; kan man ikke ivareta biologien ved at barna blir boende hjemme, eller blir tilbakeført til foreldrene, skal den opprettholdes ved samvær.

### 2.1.2 Det minste inngreps prinsipp

Det minste inngreps prinsipp er kommet direkte til uttrykk i bvl §§ 4-12 annet ledd, vedrørende omsorgsvedtak, og 4-25 første ledd første punktum, vedrørende atferdstiltak overfor barnet. Begge bestemmelsene lovfester at det ikke kan skje et mer inngripende vedtak enn det som er nødvendig, for å skape tilfredsstillende forhold for barnet. Et mildere tiltak skal alltid vurderes og anses nytteløst, før et strengere tiltak settes i verk. Dette er lagt til grunn i forarbeidene (Innst. O nr. 80 side 15):

”(...) det er viktig å understreke at hjelpetiltak i hjemmet alltid skal vurderes, før mer omfattende tiltak igangsettes. (...). Hjelp skal primært gis i hjemmet, og plassering skal være siste alternativ. Komiteen slutter seg derfor til departementets presisering av at bruk av tvang skal bare være

---

<sup>13</sup> NOU 1985: 18 side 157

NOU 2000: 12 side 181

aktuelt dersom hjelpetiltak ikke fører frem, eller det må anses som nytteløst å forsøke med slike tiltak.”

Denne uttalelsen i forarbeidene er det også vist til i Rt. 1999 side 1883 (side 1888).

Prinsippet innebærer også at et tiltak ikke skal vare lenger enn nødvendig. Dette er eksempelvis lovfestet i bvl § 4-21 første ledd, vedrørende omsorgsvedtak, der et slikt vedtak som utgangspunkt skal oppheves så snart foreldrene kan gi barnet forsvarlig omsorg.

Det minste inngreps prinsipp blir en generell begrensning i de tilfellene der den faktiske situasjon i utgangspunktet gir grunnlag for alvorlige tiltak. Det offentlige kan i slike situasjoner ikke velge fritt mellom de tiltak de anser som best, dersom et mildere tiltak er tilstrekkelig til å skape tilfredsstillende forhold. Det minste inngreps prinsipp blir med dette en retningslinje for det offentlige skjønnnet, som skal utøves i det konkrete tilfellet<sup>14</sup>.

### 2.1.3 Prinsippet om hensynet til barnets beste

Prinsippet om hensynet til barnets beste er direkte hjemlet som en faneparagraf i bvl § 4-1, ved valg av tiltak innenfor lovens rammer. Prinsippet innebærer at dersom det er kollisjon mellom hensyn som ivaretar ulike parter, er det hensyn som taler til fordel for barnet som skal gå foran. Dette er fremhevet i forarbeidene (NOU 1985: 18 side 28):

”Bare de momenter som har betydning for barnet skal trekkes inn ved vurderingen, og det skal ikke legges vekt på hensyn til foreldrene i de tilfellene hvor foreldrenes og barnets interesser er motstridende.”<sup>15</sup>

Prinsippet om hensynet til barnets beste kommer inn i de tilfellene der det skal skje en skjønnsutøvelse, det vil si i de tilfellene der lovens inngrepskriterier er oppfylt, men det er opp til det offentlige å avgjøre om inngrep skal skje, og i så fall med hvilket innhold.

---

<sup>14</sup> NOU 2000: 12 side 181

<sup>15</sup> Se mer NOU 1985: 18 side 145

Prinsippet gir med andre ord ikke hjemmel for å foreta et inngrep, jf eksempelvis Rt 1999 side 1883 (side 1887-1888):

”(…) en avgjørelse om at det offentlige skal overta omsorgen for et barn, må være begrunnet med at dette er til barnets beste. Men det er ikke tilstrekkelig for at det offentlige skal overta omsorgen i slike tilfeller som barnevernloven regulerer, at dette etter en totalvurdering fremstår som best for barnet.”

Prinsippet om hensynet til barnets beste vil bli utførlig drøftet i kapittel 4, og jeg viser derfor til denne.

### 3 Hjemmelsgrunnlaget

#### 3.1 Grunnvilkåret for generell omsorgssvikt – bvl § 4-12 første ledd bokstav a

Vilkårene for omsorgsovertakelse etter § 4-12 første ledd bokstav a, er at barnets omsorgssituasjon innebærer ”alvorlige mangler ved den daglige omsorgen som barnet får” eller ”alvorlige mangler i forhold til den personlige kontakt og trygghet det trenger etter sin alder og utvikling”. Det er ikke gitt hvordan disse vilkårene skal tolkes.

##### 3.1.1 ”Alvorlige mangler”

Det første problemet er hva som ligger i lovens begrep ”alvorlige mangler”.

Uttrykket er språklig sett vagt ved at det er ubestemt i både grads- og kvantitetsangivelsen. Hvor alvorlig er ”alvorlige”? Og hvor mange ”mangler” må det være? Dette kommer jeg tilbake til.

For det første kan man stille spørsmål om hva som ligger i mangelsbegrepet.

Lovbestemmelsen presiserer ikke nærmere hva som ligger i begrepet. Forarbeidene gir en noe nærmere definisjon av hva begrepet innebærer (Ot prp. nr. 44 side 110 og Innst. O. nr. 80 side 21). Her fremheves det at mangler er ”avvik” fra det man kan kalle ”vanlige normer eller situasjoner”. At mangler er avvik er ikke noe mer opplysende enn hva man kan slutte ut fra en språklig forståelse, og gir derfor ikke noe særlig veiledning. Mangler tilsier at det må være avvik av negativ art. Det som imidlertid gir noe veiledning, er at avviket skal relatere seg til hva som er normalt eller vanlig. Dette er også meget ubestemt. Hva er det som er normalt? Det er i første omgang viktig å presisere at det er omsorgssituasjonen som skal være normal, siden lovbestemmelsen handler om omsorgsforhold for barn.

Problemet er hva som skal anses som en normal omsorgssituasjon. Loven selv gir ingen nærmere veiledning for hvordan dette skal tolkes. Det finnes heller ingen direkte veiledning i forarbeidene av større grad. Uten å direkte presisere hva som ligger i mangelsbegrepet, tar likevel forarbeidene (NOU 1985: 18 side 156), opp momenter som var relevante for tolkingen av inngrepskriteriene etter gammel barnevernlov.

Tolkingsmomenter med hensyn til den gamle loven, vil også være veiledende i forhold

til gjeldende lov, i og med at lovendringen bare er ment å være av redaksjonell og ikke materiell art (jf NOU 1985: 18 side 159).

Forarbeid (NOU 1985: 18 side 156) tar opp ytterpunkter, som antitetisk, kan være veiledende for hva en normal omsorgssituasjon skal innebære, nemlig situasjoner der foreldrene er døde eller blir rammet av sykdom. I tillegg nevner forarbeidene den økonomiske situasjon for å kunne gi barnet en forsvarlig forsørgelse. Disse momentene lagt til grunn, skulle tilsi at en normal omsorgssituasjon blant annet må innebærer, at foreldrene lever, er friske og har økonomisk evne til å forsørge sine barn på en forsvarlig måte. En slik tolking kan tas som en grov skisse på et utgangspunkt for tolkingen, men heller ikke noe mer. Normal omsorgssituasjon som måleenhet for spørsmålet om det foreligger avvik, innebærer ikke at foreldrene må leve eller være friske, forutsatt at barnet får normal omsorg av andre eller får normal omsorg på tross av sykdom. Dette kommer også indirekte frem av forarbeidene (NOU 1985: 18 side 156). Når det gjelder momentet om økonomisk evne, kommer jeg tilbake til dette senere i oppgaven. Ingenting av det som her er sagt gir likevel noe veiledning på hvordan normalstandarden skal vurderes. Normal omsorg er et meget relativt begrep, og vil forandre seg både med tid, sted, kultur, sosiale normer, psykiske normer etc.

Normalstandarden i denne sammenhengen, må nødvendigvis ta utgangspunkt i vår kultur. Det vil si de verdi- og samfunnsnormer den norske kulturen bygger på. Dette er forhold som avspeiler seg i vår lovgivning, i den grad situasjonen er lovregulert. Dette kan blant annet utledes av forarbeidene (NOU 1985: 18 side 157), med hensyn til uttalelsene rundt det biologiske prinsipp, der det blant annet vises til ”rådende normer og verdisyndpunkter” som vår samfunnsstruktur bygger på.

Hva omsorg for barn skal innebære er lovregulert i bl § 30, der det heter at barnet skal få omsorg, omtanke, forsvarlig oppdragelse og forsørgelse. Ved å ta utgangspunkt i barnelovens innhold av omsorgsansvaret, kan mangel sies å foreligge i de tilfellene noen av disse innholdskriteriene mangler. Men barneloven er likevel ganske intetsigende med hensyn til hva som skal anses som normalsituasjonen. Grunnen er at barneloven ikke regulerer kvaliteten av omsorgen. Kvaliteten på dette området er nemlig regulert ved barnevernloven, som setter opp en nedre grense for hva som kan

tolereres. Dermed er man like langt med hensyn til tolkingen av hva som er normalstandarden.

Likevel kan man si at utgangspunktet for tolkingen må tas ut fra hva som er vanlig oppvekstvilkår for barn i Norge. Dette må i så fall gå ut fra en gjennomsnittsstandard for barns oppvekstvilkår – hvordan barn flest har det. De vanlige oppvekstvilkårene for barn i Norge er blant annet å ha et sted å bo, få nok mat og tilstrekkelig med klær i forhold til årstid og værforhold, få kjærlighet, omtanke, stell, trygghet, tilsyn og pleie. I tillegg kommer sosialiseringssprosessen med oppdragelse, lek og omgang med andre barn, og etter hvert en mer selvstendigjøring ved en løsrivelsespross fra foreldrene.

Ikke en hvilken som helst mangel er tilstrekkelig som grunnlag for omsorgsvedtak. Manglene må være ”alvorlige”. Hvor grensen for denne gradsangivelsen skal settes, er imidlertid ikke særlig klart. Språklig sett tilsier dette begrepet at det må være kvalifiserte avvik fra den konvensjonelle omsorg for barn. Det må være snakk om en nedre grense for hva som kan aksepteres. Lovbestemmelsen gir en delvis veiledning i bokstav c, om barnemishandling, for hva som kan omfattes av ”alvorlige mangler” etter a. Etter forarbeidene (Ot.prp. nr. 44 side 43) er det uttalt at bestemmelsen i c, både skal omhandle fysisk mishandling, herunder seksuelle overgrep, og psykisk mishandling, som eksempelvis sjikane og trakassering. Forarbeidene uttaler videre (Ot. prp. nr. 44 side 111), at barnemishandling er en situasjon som også vil omfattes av bokstav a, og er derfor litt i tvil om behovet for en egen bestemmelse om dette. Likevel anses barnemishandling som så alvorlige overgrep mot barn, at kriteriet bør ha en egen plass i lovteksten, i tillegg til den generelle omsorgssviktbestemmelsen. Det må likevel presiseres, at dersom barnemishandling skal være en indikasjon på hva som ligger i ”alvorlige mangler” etter a, må mishandlingen si noe om forholdene generelt i familien, jf uttalelsene om barnemishandling i forarbeidene (Ot. prp. nr. 44 side 111).

Alvorlighetsgraden blir nærmere presisert i forarbeidene (Ot. prp. nr. 44 side 110, jf Innst. O. side 21), ved at ”situasjonen må være forholdsvis klart uholdbar”. Det presiseres derfor at ikke ethvert avvik fra det man mener er en normal omsorg, er tilstrekkelig til å oppfylle dette vilkåret. Dette tilsier en streng tolking av kravet. En slik streng tolking er også i samsvar med det biologiske prinsipp, som ligger til grunn for



barnevernloven. I forarbeidene (NOU 1985: 18 side 157) fremheves det, at vilkårene for omsorgsovertakelse gjøres stramme, slik at tiltak bare skal brukes i alvorlige situasjoner. Forarbeidene (NOU 185: 18 side 157) gir likevel liten veiledning på hvor strengt vilkåret skal tolkes, jf uttalelsene om at det er ”vanskelig å finne gode uttrykk på hvor høy ”terskelen” skal være.” Presiseringen i forarbeidene om at alvorlige mangler tilsier en streng tolkning, som skal vurderes ut fra hva som anses som normal omsorg, er det også vist til i Rt 1999 side 1883 (side 1888).

Det man kan slutte ut fra redegjørelsen ovenfor, er at utgangspunktet for vurderingen av hva som skal anses som ”alvorlige mangler”, skal skje ut fra hva som er en vanlig omsorgssituasjon for barn flest, og at det derfor ikke bør skje omsorgsovertakelse før en omsorgssituasjon avviker klart fra gjennomsnittsstandarden.

#### 3.1.1.1 Omsorgssviktens varighet og art

”Alvorlige mangler” er også et spørsmål om varigheten og arten av omsorgssvikten. Lovbestemmelsen formulerer grads- og kvanitetsangivelsen på omsorgssvikten i flertall. Legger man en ren språklig tolking til grunn, vil dette bety at det må foreligge flere alvorlige mangler, for at vilkåret skal være oppfylt. Det er følgelig ikke tilstrekkelig at det foreligger en alvorlig mangel ved barnets omsorgssituasjon. En slik forståelse kan neppe være riktig, selv om det i praksis gjerne vil være flere mangler i kombinasjon. Dersom en alvorlig mangel fører til uholdbare forhold for barnet, må det kunne være nok til å oppfylle vilkåret. Barnet har eksempelvis, en meget dårlig omsorg når det gjelder det ernæringsmessige, men ellers er omsorgen tilfredsstillende. At loven har brukt en flertallsform er mer en fremhevelse av at det ikke er antall ulike omsorgssviktforhold som teller, men at det må dreie seg om gjentakende, og vedvarende omsorgsvikt, enten dette refererer seg til kun en isolert del av omsorgsoppgaven, eller at det gjelder mer generelt og flere forhold. Det loven trolig mener, er at det må være en gjentakende situasjon, som gjør at det blir et mønster i den omsorgen som barnet får. En slik tolking støttes av forarbeidene (Ot. prp. nr. 44 side 111), vedrørende vurderingen av mishandlingsalternativet i bokstav c, men som også må gjelde for vilkårene i bokstav a. Det sies at alternativ c, ikke vil kunne brukes på

grunnlag av et enkelttilfelle av mishandling av barnet, dersom barnevernet ellers anser forholdene som tilfredsstillende.

Ut fra dette, blir det naturlig å spørre hvor lenge omsorgssvikten må vare før barnevernet skal gripe inn. Som oftest er det gjentakende utilfredsstillende forhold, som gjør at manglene ved omsorgssituasjonen blir alvorlige. Men hvor går grensen for det akseptable? Ut fra ordlyden er det den aktuelle omsorgssviktssituasjon som er avgjørende. Det er ikke noe vilkår om at barnet må ha blitt påført skade, derfor kan det ikke være i samsvar med loven å vente helt til barnet viser tegn til å være skadet. Dette ville også stride mot lovens hensikt, som er å komme barn til unnsetning før det oppstår skade. Det andre er å se på hva slags type omsorgssvikt det er tale om. Desto alvorligere art omsorgssvikten har, desto mindre skal det til av varighet før kravet om alvorlighet er oppfylt. Men det må være et krav om at omsorgssvikten er gjentatt over noe tid, slik at det ikke bare er snakk om et enkeltstående tilfelle.

De alvorlige manglene må enten gjøre seg utslag ved den ”daglige omsorg som barnet får” eller ”i forhold til den personlige kontakt og trygghet som det trenger etter sin alder og utvikling”.

### 3.1.2 ”Daglige omsorg”

Spørsmålet er hva som ligger i begrepet ”daglig omsorg”. Loven selv gir ingen nærmere definisjon av hva som ligger i begrepet. Forarbeidene utdyper heller ikke dette nærmere.

Barnevernloven skal prøve kvaliteten av omsorgsansvaret i barneloven. Det kunne derfor være naturlig å ta utgangspunkt i barnelovens definisjon her. Men barneloven bruker ikke selv formuleringen ”daglig omsorg”. Den synonyme betegnelsen barneloven bruker, er begrepet ”bu fast”. Begrepet omfatter både den psykiske og den fysiske omsorgen for barnet. Det vil derfor være naturlig å legge en tilsvarende definisjon til grunn etter barnevernloven. Dersom man legger en slik tolking til grunn, vil ikke kriteriet om ”personlig kontakt og trygghet” få noen selvstendig betydning. Dette innebærer at man trolig må legge en snevrere tolking til grunn for ”daglig omsorg” etter barnevernloven enn etter barneloven. Det mest naturlige vil derfor være at

den daglige omsorgen omfatter den rent fysiske eller praktiske omsorgen for barnet. Det vil si den samme definisjonen som ligger til grunn for barnelovens forsørgelsesbegrep i § 30 annet ledd. Dette må innebære slikt som mat, klær, boligforhold, stell, hygiene og lignende fysiske forhold ved omsorgen. En slik tolking er også lagt til grunn i Rt. 1996 side 1203 (side 1210):

”Lagmannsretten har enstemmig lagt til grunn , ... , at det i dag ikke er slike mangler ved den materielle omsorgssituasjon hos foreldrene, dvs. boforhold, ernæring og hygiene”.

### 3.1.3 ”Personlige kontakt og trygghet”

Spørsmålet er hva som ligger i begrepet ”personlig kontakt og trygghet”. Loven gir ingen nærmere definisjon. Forarbeidene har nærmere utdypet hva det ligger i begrepene (Ot. prp. nr. 44 side 110). Der presiseres det for det første at det ikke er noe poeng i å skille disse to uttrykkene fra hverandre ved å definere når det ene eller det andre kommer til anvendelse, fordi begrepene overlapper hverandre. Forarbeidene (Ot.prp. nr. 44 side 110), gir eksemplifikasjoner av situasjoner som omfattes av begrepene. Det nevnes for det første forhold der det foreligger følelsesmessig avvisning av barnet. Dette må omfatte både aktive avvisningshandlinger fra foreldrene overfor barnet og/eller der foreldrene forholder seg passive til barnets kontaktsøken. Videre er det nevnt situasjoner der foreldrene ikke er i stand til å dekke barnets kontaktbehov. Dette kan for eksempel være tilfeller der foreldrene har for mye å gjøre uten å ha nok ressurser til å håndtere alt, og hvor dette går ut over barnet. For det annet nevnes fysisk eller psykisk utrygghet som skapes ved tvang eller vold i hjemmet. Det utdypes ikke nærmere hvem som blir utsatt for mishandlingen eller hvem som føler seg utrygge, men Ofstad og Skar<sup>16</sup> sier (side 99), at det trolig er ment som tilfeller der mishandlingen ikke direkte er rettet mot barnet, for ellers ville ikke vilkårene i § 4-12 første ledd c få noen selvstendig betydning. Forarbeidene nevner også at utrygghet hos barnet kan være en følge av psykiske lidelser hos foreldrene.

Både ut fra eksemplifiseringen i forarbeidene, og ut fra en språklig forståelse, omfatter vilkåret den psykiske eller følelsesmessige delen av omsorgen. Kontakt og trygghet er

---

<sup>16</sup> Barnevernloven kommentarutgave 1995

ikke noe man oppnår gjennom materielle ting. Dette gjelder kun relasjonene mellom mennesker. I dette tilfelle gjelder det foreldrene psykiske omsorg for barnet, ved å gi barnet kjærlighet, nærhet, tilsyn, stimulering til å utvikle seg, oppdragelse slik at det vet å forholde seg i sosiale relasjoner med andre, gjennom lek og lignende.

”Den personlige kontakt og trygghet” skal tilpasses etter barnets ”alder og utvikling”. Språklig sett innebærer dette at barnets behov, varierer med alderen. Et eldre barn vil ha mindre behov for tilsyn, og det trenger ikke å være fysisk sammen med foreldrene så mye av tiden. Behovet for kjærlighet, nærhet og bekreftelse vil imidlertid være like stort for eldre barn, som for yngre. Jo eldre barna blir, jo større behov har det for å kunne løsrive seg fra foreldrene og skaffe seg sitt eget sosiale vennemiljø, og bygge opp sin egen identitet. Dersom foreldrene blir for overbeskyttende, eller for psykisk tilknyttet sine barn, kan dette også bli å anse som alvorlig omsorgssvikt. Barnet kan få en skjevutvikling ved at det ikke naturlig får løsrevet seg fra foreldrene, og kan følgelig bli hemmet eller stagnert i en naturlig utviklingsprosess. Det siste kom frem som et vurderingsmoment i Rt. 1996 side 1203. I saken ble fars omsorgsevne ansett som utilfredsstillende av de sakkyndige, fordi han var for knyttet til barnet. De mente at dette på den ene siden var en styrke ved far som omsorgsperson, men at det på den annen side kunne bli en belastning for gutten etter hvert som han vokste til og fikk kamerater, og ønsket å løsrive seg fra foreldrene. De sakkyndige vurderte det slik, at dette kunne bli en ”hemske for C’s sosiale og emosjonelle utvikling.” Retten la de sakkyndiges vurderinger til grunn, og kom til at det ikke var ubetydelig svakheter ved foreldrenes omsorgsevne. Retten legger samtidig til grunn, at far har egenskaper som gjør at han langt på vei må anse som en godt egnet omsorgsperson.

Behovet for ”personlig kontakt og trygghet”, skal også ses i forhold til utviklingen, som fører til at det skjer en mer konkret vurdering i forhold til det enkelte barn. Alder er en objektiv konstaterbar størrelse. Når ett år har gått, har man blitt ett år eldre. Utviklingen er derimot ikke en objektivt konstaterbar størrelse. Utviklingen er fullstendig avhengig av det enkelte barn og dets konkrete situasjon. Dette tilsier at det må skje en konkret skjønnsmessig vurdering av barnets behov, og følgelig av om det foreligger alvorlige mangler ved den psykiske omsorgen.

### 3.1.4 Nåtidsvurdering av inngrepsvilkåret

Inngrepsvilkåret etter bokstav a er formulert ut fra nåtid. Det må foreligge omsorgssvikt ved den daglige omsorgen som barnet ”får” eller i forhold til den følelsesmessige omsorgen som det ”trenger”. Dette tilsier at det ikke er nødvendig å foreta en fremtidsvurdering eller fortidsvurdering av barnets omsorgssituasjon. I forarbeidene fremheves det at det bør være tilstrekkelig for inngrep, at barnet faktisk lever i en omsorgssviktssituasjon, uten at det i tillegg skal være et vilkår om at denne faktiske situasjonen skal få noen resultater på barnet i form av skade (NOU 1985: 18 side 157):

”Selv om det i praksis ikke er noe klart skille mellom disse tilfellene, gir de etter utvalgets mening et grunnlag for å vurdere hvordan loven bør skrives”

Forarbeidene sier videre på samme sted:

”Utvalget mener at det bør anses tilstrekkelig til å begrunne en ansvarsovertakelse at det foreligger en aktuell omsorgssvikt.”

Lovgiver begrunner videre i forarbeidene, at det å skille mellom en nåtids- og en fremtidsvurdering i inngrepsvilkårene, også er en styrkelse av foreldrenes rettssikkerhet, i og med at inngrepskriteriene kun krever en faktisk omsorgssvikt uten noen diffus fremtidsprognose. Dette skaper forutberegnelighet for foreldrene (jf NOU side 157).

Det er viktig å merke seg, at inngrepskriteriets nåtidsvurdering kommer i tillegg til, eller overlappes av den nåtidsvurderingen som kreves etter bestemmelsens annet ledd. Dette kommer jeg tilbake til under punkt 3.2.

### 3.1.5 Generelle retningslinjer i den konkrete skjønnsmessige regelanvendelsen

#### 3.1.5.1 Innledning

Generelt kan man si at de lovfestede inngrepskriteriene etter første ledd a, innebærer anvendelse av meget skjønnsmessige rammer. Det er ikke mulig å lovfeste uttømmene generelle normer for hva som skal gjelde på et område som dette, hvor forholdet

mellom barn og foreldre er svært avhengig av å bli vurdert i sin egen konkrete sammenheng. Følgelig kreves en konkret vurdering. Det kan likevel ikke være opp til en fullstendig fri skjønnsanvendelse å bestemme hva som skal ligge i inngrepskriteriene etter a. En slik kompetanse ville bli for tilfeldig i henhold til inngrepets alvorlighetsgrad. Rettspraksis har derfor med tiden skapt generelle retningslinjer for den skjønsmessige regelanvendelsen.

### 3.1.5.2 Foreldrenes omsorgsevne

En omsorgsovertakelse etter § 4-12 er et vedtak overfor foreldrene. Det sentrale vurderingstemaet, er følgelig om foreldrene har tilstrekkelig omsorgsevne. Dette kommer eksempelvis frem i Rt. 1990 side 946 (side 951):

”Det sentrale spørsmål er om foreldrene har den omsorgsevne som er nødvendig for å unngå at barna utvikler en psykisk skade.”

Vurderingstemaet er også fremhevet i Rt 1996 side 1203 (side 1208):

”Det avgjørende vil derfor bli en vurdering av om foreldrene har omsorgsevne i dag sett i forhold til sønnens behov”

Utilfredsstillende omsorgsforhold, må henge sammen med foreldrenes omsorgsevne. Situasjoner som følgelig ikke rammes av bestemmelsen, er for det første forhold som bare har sammenheng med barnet selv. Et eksempel på det nevnte er tilfeller hvor barnet har atferdsproblemer. Disse problemene kan være genetisk betinget i form av et sykdoms- eller avviksbilde. Problemene kan også være betinget av andre utenforstående forhold som ikke har noe med foreldrenes omsorgsevne eller familiesituasjon for øvrig å gjøre. Dette utelukker likevel ikke at atferdsproblemene kan ha sitt opphav i foreldrenes sviktende omsorgsevne, og da vil det kunne omfattes av angjeldende bestemmelse.

Den sviktende omsorgssituasjonen, kan isolert sett også bare relatere seg til sviktende økonomisk evne hos foreldrene. Dette kan medføre alvorlige mangler ved omsorgssituasjonen, og dermed etter lovens ordlyd berettige til inngrep etter a. Dette

blir imidlertid ikke opprettholdt i forarbeidene. Forarbeidene har klart uttalt seg om denne situasjonen (NOU 1985: 18 side 156), der det sies at det ville være urimelig om økonomiske forhold alene skulle berettige til å fjerne barn fra hjemmet. Forarbeidene viser samtidig til en herredsrettsdom fra 1970 som uttrykker:

”Etter rettens mening må det være tindrende klart at barn ikke skal tas fra foreldrene fordi disse ikke kan forsørge det, dersom forholdene kan rettes på med økonomisk hjelp.”

En tolking som innebærer at kun sviktende økonomisk evne er nok til inngrep, vil heller ikke vært mulig å opprettholde i henhold til annet ledd. Sistnevnte vilkår kommer begrensende inn på utgangspunktet som kan utledes av første ledd a. Sviktende økonomisk evne kan rettes opp ved økonomisk bistand som hjelpetiltak etter bvl § 4-4. Dette ble også uttrykkelig presisert i herredsrettsdommen ovenfor.

### 3.1.5.3 I forhold til det aktuelle barn

Spørsmålet er om det er foreldrenes omsorgsevne generelt som skal vurderes. Utgangspunktet for å vurdere omsorgsevnen, vil nødvendigvis generelt tas ut fra det som er konvensjonelle oppvekstvilkår for adekvat utviklede barn. Lovens vurderingstema er likevel omsorgsevnen i forhold til det aktuelle barn, jf eksempelvis Rt. 1998 side 1702 (side 1707), der retten presiserer at saken gjelder omsorgsovertakelse for fem gutter, men at rettens vurdering likevel må skje særskilt for hver av guttene. Foreldrene kan i et generelt perspektiv ha tilfredsstillende omsorgsevne uten at dette kan bli avgjørende i den enkelte sak. Noen barn er bedre psykisk utrustet enn andre, og har derfor ikke behov for den samme omsorgsevnen hos foreldrene. Dette medfører at det som et barn ikke får noen skader av, kan et annet barn lide store overlaste ved. Den samme omsorg, kan for det første barnet være tilfredsstillende og derfor ikke medføre tiltak, mens den for det andre barnet, kan innebære en så utilfredsstillende situasjon, at omsorgsvedtak i utgangspunktet er berettiget, jf eksempelvis Rt. 2002 side 327. I denne saken ble moren fratatt omsorgen for bl.a. en pike, med hjemmel i § 4-12 a. Det ble lagt til grunn at piken ved omsorgssvikten hadde blitt påført en meget alvorlig skade psykisk, hun hadde følgelig spesielle omsorgsbehov. Moren hadde før omsorgsovertakelsen, møtt en ny mann som hun giftet seg med. Dette

medførte forbedringer i den samlede omsorgsevnen. Men på grunn av pikens spesielle omsorgsbehov, ble likevel ikke den samlede omsorgsevnen vurdert å være tilstrekkelig i forhold til henne. Det var med andre ord grunnlag for inngrep. Til sammenlikning fikk paret senere et barn sammen, og i forhold til dette barnet ble den samme samlede omsorgsevnen ansett å være tilstrekkelig. Grunnen til dette var at barnet ikke hadde spesielle omsorgsbehov. Denne avgjørelsen tegner et bilde av hvordan den samme omsorgsevne kan falle svært ulikt ut i forhold til det enkelte barn.

#### 3.1.5.4 Personlighetstrekk ved foreldrene

Det er omsorgsevnen som må være utilstrekkelig. Omsorgen skal ikke kunne fratas foreldrene bare basert på medisinske eller psykologiske diagnoser, dersom dette ikke har noen innvirkning på omsorgsevnen. Dette er uttrykkelig fastslått i forarbeidene (Ot. prp. nr. 44 side 43):

”... det er foreldrenes evne til omsorg som (...) skal vurderes, og ikke foreldrenes tilstand eller personlighetstrekk i og for seg.”

Omsorgsevnen som det relevante vurderingstemaet, kommer eksempelvis frem i Rt. 2002 side 327. I denne saken er det tatt flere ulike psykologiske tester av moren. Testene konstaterer at moren har svakheter både evnemessig og i forhold til personligheten, og at disse svakhetene forsterker hverandre. I denne saken la retten vekt på de sakkyndiges uttalelser om at de konstaterte svakhetene gjorde seg gjeldende på omsorgsevnen, ved blant annet ”impulsivitet, ustabilitet og manglende forståelse av barns grunnleggende behov”. Det understrekes videre, at konklusjonen av testene ikke bare er på et teoretisk plan, men at det gjør seg gjeldende i praksis, jf uttalelsene:

”Det pekes på at selv om A verbalt gir inntrykk av å forstå hva som er riktig og nødvendig å gjøre overfor barn, viser hun noe annet i praksis når hennes behov og interesser går en annen vei.”

Det er ikke tilstrekkelig å konstatere at foreldrene har problemer, dersom dette ikke går utover omsorgsevnen. Dersom foreldrene imidlertid har en svært avvikende



personlighet, psykiske problemer, lite evner, er umodne eller har rusproblemer, vil dette som oftest medføre utslag i omsorgsevnen.

#### 3.1.5.5 Samlet omsorgsevne

Foreldrenes omsorgsevne skal også vurderes samlet. Det innebærer at selv om foreldrene hver for seg har tilstrekkelig omsorgsevne, men samlet har tilstrekkelig, er ikke lovens vilkår oppfylt. Spørsmålet er i hvor stor grad andre utenforstående kan oppveie foreldrenes manglende omsorgsevne. Spørsmålet reguleres i utgangspunktet ikke av barnevernloven, dersom barnet får tilstrekkelig omsorg. I kraft av foreldreansvaret har foreldrene kompetanse til å overlate utøvelsen av omsorgen for barnet til andre utenforstående alene, eller som et tillegg til den omsorgen de selv gir. I vurderingen av barnets omsorgssituasjon, kan ikke bare foreldrenes omsorgsevne vurderes isolert. Det er den samlede omsorgsevnen rundt barnet som må vurderes. Sviktende omsorgsevne hos foreldrene, er alene ikke tilstrekkelig for omsorgsvedtak, dersom miljøet rundt foreldrene veier opp for manglene, slik at det samlet blir en tilstrekkelig omsorgssituasjon for barnet. Et eksempel her er Rt. 1995 side 350 (side 354):

”Jeg kan vanskelig se annet enn at det er svikt i B`s omsorgsevne, og at han ikke kan kompensere for de mangler som er ved A`s omsorgsevne.  
Slik kompensering finnes heller ikke i noe sosialt nettverk. A og B har en meget begrenset sosial omgang. Det er begrenset hva familien vil kunne tilføre omsorgssituasjonen.”

En annen rettsavgjørelse hvor Høyesterett trekker frem momentet om at man må vurdere den samlede omsorgsevnen, er Rt. 2002 side 327. I denne saken kommer det frem at moren har sviktende omsorgsevne, som har medført utilfredsstillende omsorgssituasjon for barnet, som har påført det skade. Retten la til grunn at den samlede omsorgsevnen hadde blitt klart bedre etter at moren hadde giftet seg på nytt. Retten sier videre:

”Et hovedpunkt i saken har vært hvilken betydning særlig i forholdet til ektemannen D, men i noen grad også lokalmiljøet i Å, har for As omsorgsevne.”

Retten kom imidlertid til at den samlede omsorgsevnen ikke var tilstrekkelig, og baserte synspunktet på de sakkyndiges erklæringer. Avgjørelsen viser likevel at retten anser den samlede omsorgsevnen som et tolkingsmoment med hensyn til om vilkårene for inngrep er oppfylt.

Den samlede omsorgsevnen må imidlertid være reell, og følgelig kan det ikke bare handle om en sporadisk og usikker støtte. Dette kan forutsetningsvis utledes av Rt. 2002 side 327. Retten trekker inn lokalmiljøet i Å som et aktuelt tillegg til omsorgen, men tar det likevel ikke med videre i vurderingen av den samlede omsorgsevnen. Grunnen til det sistnevnte, er ikke fordi dette ikke også kunne vært et aktuelt moment, men fordi retten får inntrykk av at lokalmiljøet ikke har vært eller vil være et stabilt tillegg i omsorgsevnen, jf uttalelsen: ”Støtten fra lokalmiljøet er det lite konkrete opplysninger om, bortsett fra aksjonen for å forhindre iverksettelsen av omsorgsovertakelsen.”

#### 3.1.5.6 Helse- eller utviklingsskade eller slik skaderisiko

Helse- eller utviklingsskade eller slik skaderisiko, er ikke noe vilkår for tiltak etter dagens lovbestemmelse, men et bevismessig moment i vurderingen, dersom skaden foreligger på vedtakstidspunktet.

Etter barnevernloven 1953 § 16 a, var kriteriet at barnets helse- eller utvikling ble utsatt for skade eller alvorlig fare. Kriteriet innebar for mange usikre prognoser og også en svekkelse av barns interesser, ved at barnet måtte påføres skade eller at det forelå alvorlig fare for slik skade, før det ble grepet inn med tiltak. Dagens barnevernlov har imidlertid ikke noe krav om at barnets helse, fysisk eller psykisk, utsettes for skade eller alvorlig fare, for inngrep ved generell omsorgssvikt. Inngrep er kun betinget av at det faktisk foreligger en omsorgssviktsituasjon. Denne forandringen i forhold til tidligere barnevernlov, er også fremhevet i forarbeidene (NOU 1985: 18 side 157), som jeg har behandlet tidligere under nåtidsvurderingen. Det er med andre ord ikke noe krav om helse- eller utviklingsskade eller slik skaderisiko, for å gå inn med tiltak etter någjeldende lov. Det vil det være gal lovanvendelse dersom det ikke settes inn vernetiltak der det opplagt er en omsorgssviktsituasjon, alle vilkår for øvrig er oppfylt

og dersom det etter en skjønnsmessig vurdering er det beste for barnet, men barnet for øvrig ikke har tatt skade av situasjonen.

Spørsmålet er imidlertid om det er så enkelt å konstatere om det foreligger generell omsorgssvikt kun ut fra situasjonen. I forhold til den materielle omsorgen er det enklere å konstatere om det er utilfredsstillende forhold, fordi det er fysiske observerbare elementer som eventuelt gjør seg gjeldende. Det er derfor ikke nødvendig å være avhengig av om barnet er skadet eller ikke. Man vil for eksempel se om barnet er skittent og ustelt, om det har dårlige klær eller om det er underernært.

Når det gjelder vurderingstemaet om det er alvorlige mangler ved den fysiske omsorgen, oppstiller ikke lovens ordlyd noe krav om hva slags profesjon som skal vurdere dette. Dette innebærer at også en legmannsvurdering med utgangspunkt i konvensjonelle standarder på området, er tilstrekkelig. På dette området kommer imidlertid de prosessuelle reglene begrensende inn. Et omsorgsvedtak kan bare fattes av fylkesnemnda som første instans, jf punkt 1.2.2. I og med at fylkesnemnda settes med blant annet to sakkyndige medlemmer, jf. sotjl § 9-6 første ledd, medfører dette at det også vil bli en sakkyndig vurdering av lovens inngrepskriterier.

Når det gjelder alvorlige mangler ved den psykiske omsorgen, er dette ikke så lett å oppdage i praksis. Det må på den ene siden skilles mellom hva som gjør at svikten i omsorgen oppdages, samt bevismomenter for at det er en omsorgssviktsituasjon, og på den annen side hva loven krever.

Dersom svikten i den psykiske omsorgen ikke gir seg utslag i ytre tegn, er det vanskelig å oppdage og bevise en omsorgssviktsituasjon før det eventuelt har oppstått skade på barnet.

Det er likevel ofte slik at omsorgssvikten kan oppdages før noen skade har skjedd, for eksempel ved at utenforstående kan se hvordan foreldrene behandler barnet, eller man vet at foreldrene er rusmisbrukere eller psykiatriske pasienter. Svikten kan også gjøre seg utslag ved at barnet har en merkelig væremåte, uten at omsorgen har ført til noen fysisk eller psykisk skade på barnet.

Selv om lovens krav allerede er oppfylt ved at det foreligger en alvorlig omsorgssviktsituasjon, viser det seg i praksis at inngrep ofte ikke skjer før det har oppstått bevislige skader på barnet. Det kan virke som om det offentlige finner det vanskelig å bevise at lovens krav om omsorgssvikt er oppfylt, før barnet har fått en eller annen form for synlig ulempe av det. Dette er for eksempel situasjonen i Rt 1998 side 1702. Saken gjaldt omsorgsovertakelse for i alt fem brødre. Høyesterett opprettholdt omsorgsvedtaket og hjemlet dette i både bokstav a og d. Et av de vesentlige bevismomentene for omsorgssvikt var at, i hvert fall, de fire eldste guttene hadde klare problemer som utartet seg som ulemper eller skader hos guttene. På dette punktet støtter Høyesterett seg til de sakkyndiges erklæringer til herredsretten, der det sies at de fire eldste guttene i større eller mindre grad viser funksjonsforstyrrelser både på det personlighetsmessige og på det atferdsmessige plan. Skadene på de fire eldste guttene var både i form av understimulering, som medførte at de slet med skolefagene, var usikre og umodne, og i form av atferdsproblemer, som innebar kriminell oppførsel. I denne saken hadde ikke den minste gutten vist noen tegn til skade, men omsorgsvedtaket omfatter også han. Høyesteretts begrunnelse her var de beviste utviklingsproblemene hos de fire eldste guttene, og retten mener derfor at vilkåret i bokstav d er oppfylt for den yngste gutten. Det kan virke som om retten begrunner omsorgsovertakelsen for den yngste gutten bare i d, fordi han ikke har vist noe tegn til ulempe på vedtakstidspunktet, men at det er fare for slik skade i fremtiden. Det hadde imidlertid vært tilstrekkelig å begrunne omsorgsvedtak også for denne gutten i bokstav a. Slik faktum er i denne saken er omsorgssituasjonen for guttene preget av alvorlige mangler, uavhengig av om guttene er påført skader av dette eller ikke. Foreldrenes omsorgsevne er utilstrekkelig delvis på grunn av at den ene sliter med psykiske problemer som går utover dennes mulighet til kontaktsamspill med barna, noe som den andre forelder ikke klarer å oppveie. Omsorgssituasjonen er ellers preget av mangler både på det praktiske plan, ved eksempelvis dårlig hygiene, og på det oppdragelsesmessige plan, ved at barna delvis er overlatt til seg selv med å ordne opp i egne liv, uten oppfølging fra foreldrene. Foreldrenes omsorg bærer preg av manglende hensiktsmessig struktur og organisering. Dette er en omsorgssituasjon som vil oppfylle vilkåret i a. Det hadde derfor ikke for noen av guttenes del, vært nødvendig å begrunne

et vedtak i bokstav d, som retten gjør. Det virker som om retten helgarderer seg i denne saken.

Det som er sagt viser at det også etter dagens barnevernlov bygges på helse- eller utviklingsskader på barnet, som et vesentlig bevismoment for at det er en sviktende omsorgssituasjon. I praksis blir det derfor ikke så stor forskjell på vurderingstemaet etter den nye og den gamle barnevernloven. Forskjellen ligger i at skade eller alvorlig fare for slik skade var et eget kriterium etter den gamle loven for inngrep, mens det etter dagens lov ikke er noe vilkår, bare et bevismoment for at det foreligger en omsorgssviktsituasjon. Det er også presisert i forarbeidene (NOU 1985: 18 side 157), at kriteriene etter den gamle loven også er elementer som det bør bygges på etter den nye loven. Det forarbeidene mener her må være at disse kriteriene kun skal være bevismomenter etter den nye loven.

Når det gjelder vurderingstemaene om helse- eller utviklingsskade eller slik skaderisiko hos barnet, er dette forhold som er nært knyttet opp til menneskets psykiske fungering. Det er med andre ord snakk om svært vage og høyst ulikt sammensatte komplekse forhold. Det er derfor ikke opptil enhver vanlig utenforstående å vurdere hva som er en skade på dette området. Det ville i så fall bli preget av for store variasjoner av hva som er en skade. Det ville være fare for at det blir lagt for stor vekt på subjektive verdier i vurderingene. Dette ville ikke vært kontrollerbart, og derfor medføre at forutberegnligheten ble altfor tilfeldig. Derfor er disse vurderingstemaene som oftest utredet av sakkyndig ekspertise. Dette kommer jeg tilbake til i kapittel 5.

### 3.2 Inngrepet må være nødvendig – bvl § 4-12 annet ledd

Dersom vilkåret om omsorgssvikt er oppfylt etter første ledd a, er utgangspunkt at det skal skje inngrep. Annet ledd oppstiller imidlertid en vesentlig begrensning i dette utgangspunktet. Dette vilkåret bygger på det mildeste inngreps prinsipp, jf utredningen i kapittel 2.

### 3.2.1 Nødvendig ut fra barnets aktuelle situasjon

Etter annet ledd kan inngrep bare skje dersom det er ”nødvendig” ut fra den situasjon barnet ”befinner seg i”. Dette er nærmere presisert i forarbeidene (NOU 1985: 18 side 158, jf Ot. prp. nr. 44 side 111 og Innst. O. nr. 80 side 22):

”Her heter det at vedtak etter første ledd bare kan treffes når det er nødvendig ut fra den situasjon barnet befinner seg i. Dette innebærer blant annet at man skal se bort fra hendelser som ligger i fortiden og neppe vil gjenta seg. Er barnet blitt mishandlet av en som senere har forlatt familien vil det således ikke være grunn til å gjøre noe.”

Forarbeidenes presiseringer, er også i samsvar med en språklig tolking. Forarbeidenes presisering omfatter imidlertid bare en avgrensning mot fortidige situasjoner, men ut fra en språklig forståelse innebærer kriteriet også en avgrensning mot fremtidige situasjoner. Avgrensningen mot fremtidige situasjoner får imidlertid ikke noen særlig selvstendig betydning, i og med at dette kan omfattes av bokstav d i loven. Jeg vil derfor ikke gå noe nærmere inn på denne problemstillingen.

Et inngrep er bare aktuelt, dersom barnet befinner seg i en aktuell omsorgssviktssituasjon. Nåtidsvurderingen følger også av vilkåret for generell omsorgssvikt i a, som også bygger på en aktuell situasjon. En slik tolking av bestemmelsen innebærer at et barn kan ha blitt utsatt for omsorgssvikt og følgelig blitt påført skader, for eksempel i form av skjevutvikling. Dersom omsorgssviktsituasjonen har opphørt på vedtakstidspunktet, og det ikke er grunn til å tro at den vil gjenta seg, er det ikke grunnlag for inngrep. Dette gjelder til tross for at det beste for barnet kanskje hadde vært å komme under en annen omsorg. Den samme tolkningen lagt til grunn i Rt. 2002 side 327, der retten sier:

”Etter annet ledd i 4-12 kreves det videre at omsorgsovertakelse er nødvendig ut fra den situasjonen som barnet befinner seg i. Dette innebærer at det bare kan treffes vedtak om omsorgsovertakelse ut fra barnets aktuelle situasjon; det skal ses bort fra fortidige hendelser som neppe vil gjenta seg.”

### 3.2.2 Tilfredsstillende forhold for barnet ved hjelpetiltak

Omsorgsovertakelse kan skje dersom det ikke kan skapes tilfredsstillende forhold for barnet ved hjelpetiltak. Er dette et krav om at det alltid må forsøkes hjelpetiltak før man kan foreta omsorgsovertakelse? Etter lovens ordlyd ”dersom det kan” skapes tilfredsstillende forhold, medfører etter en naturlig språklig forståelse, at det ikke er noe absolutt krav om at det alltid må være forsøkt først. Dersom det anses å ikke være mulig å skape tilfredsstillende forhold, selv om det settes inn hjelpetiltak, kan omsorgsovertakelse skje uten et slikt forsøk. Men dette må i så fall gjelde svært åpenbare situasjoner, hvor man med stor sikkerhet kan forutsi prognosene for fremtiden. Det som her er sagt samsvarer også med forarbeidene (NOU 1985: 18 side 158 og Ot. prp. nr. 44 side 110 og 111). I forarbeidene fremkommer det at det ikke er noe absolutt krav om at hjelpetiltak alltid må være forsøkt, men det skal være vurdert og som regel først forsøkt. Det er viktig å huske på at omsorgsovertakelse er et meget alvorlig inngrep også overfor barna, og vilkårene er derfor strenge. Man må kunne si at det man ikke har forsøkt bare kan gi usikre prognoser. Dette innebærer at i mer usikre tilfeller må hjelpetiltak alltid forsøkes først. Det er ikke nok at det har vært konflikt mellom barnevernet og foreldrene, det vil det alltid være når det er snakk tvangsinngrep. Det vil alltid være en vanskelig situasjon både for foreldre og barn under slike forhold, dette særlig med hensyn til at vilkårene for inngrep er svært strenge, og dette kan medføre at barnevernets beskrivelser av foreldrene kan være mer negativ en nødvendig for å være sikre på å oppfylle vilkårene. Dette gjør det ikke alltid lett for foreldrene å samarbeide i ettertid med barnevernet, som har dømt dem så grundig som de har gjort<sup>17</sup>. Å få til et samarbeid slik at man kan få gjennomført hjelpetiltak der dette vil være tilstrekkelig, hvis foreldrene ikke motsetter seg dette, vil være en utfordring å få til for barnevernet uten at de kan gi opp for fort. Dette kom spesielt frem i Rt 1996 side 1203 (side 1215). Her kom retten frem til at tidligere erfaringer ved dårlig samarbeidsvilje fra farens side, ikke var tilstrekkelig til å si at hjelpetiltak ikke ville føre frem, og medføre tilfredsstillende forhold for barnet. Det virker som om retten tok dette standpunktet, fordi den mente at omsorgsevnen ved hjelpetiltak ville bli tilstrekkelig, og dermed ville det være urimelig og mot lovens utgangspunkt at bare manglende samarbeidsvilje fra faren skulle gi barnevernet grunnlag til å overta omsorgen. Det virker nesten som om

---

<sup>17</sup> Ericsson 1994 side 20

retten i denne saken mener barnevernet selv har vist for liten vilje til å forsøke hardere å overkomme en barriere som trolig er en naturlig følge av de alvorlige omstendighetene faren var oppi.

Hva som menes med tilfredsstillende forhold, må ses i sammenheng med grunnvilkåret for omsorgsovertakelsen. Dersom omsorgsovertakelse er aktuelt på grunn av alvorlige mangler, er det tilstrekkelig at hjelpetiltaket medfører at manglene ikke kan rangeres som alvorlige lenger. Hvis dette blir situasjonen er ikke grunnvilkåret oppfylt på vedtakstidspunktet og det er dermed ikke hjemmel for inngrep.

Hjelpetiltakene må bli et supplement til foreldrenes omsorgsevne, slik at den samlede omsorg for barnet blir tilfredsstillende. En slik forståelse blir også underbygd av Rt. 1996 side 1203 (side 1214):

”Det er ikke avgjørende om fosterforeldrene må anses bedre skikket som omsorgspersoner enn foreldrene. Barnevernloven bygger på en forutsetning om at det normalt vil være til barnets beste å vokse opp hos sine foreldre.”

Spørsmålet er om loven legger opp til en ubegrenset rett til hjelpetiltak fra det offentlige. Lovens ordlyd setter i seg selv ingen skranke for hva som kan kreves av hjelpetiltak for å unngå omsorgsovertakelse. Kravet til støtte fra det offentlige, må ha en realistisk forankring i hva som faktisk og praktisk er mulig å få til. Men hvor grensen skal gå er svært uklart. Som et utgangspunkt kan man si at foreldrenes omsorgsevne må være av en slik kvalitet at den likevel står for hoveddelen av omsorgen for barnet, selv etter hjelp fra det offentlige. Som en nedre grense kan man si at foreldrenes omsorgsevne ikke kan være så dårlig at foreldrene faktisk bare i meget begrenset grad er en del av omsorgsbasen for barnet. Foreldrene må ha såpass evne at de kan dekke de mest grunnleggende og elementære omsorgsforholdene for barnet. Dette fremkommer eksempelvis i Rt. 1995 side 350, der retten mente at foreldrenes omsorgsevne var av en så mangelfull karakter at selv ved hjelpetiltak fra det offentlige, ville foreldrenes omsorg for barnet ikke ha noe særlig reelt innhold. Det virker som om retten i denne avgjørelsen mente at situasjonen ville være snudd på hodet, slik at det var det offentlige,



med sine hjelpetiltak, som ville stå for hovedinnholdet i omsorgen for barnet, og foreldrene ville bare komme inn som et lite supplement til dette ( side 354):

”Men skulle tiltak kunne ha noen effekt, synes det i alle fall klart at de måtte være meget omfattende, og det er vanskelig å tenke seg at omsorgssituasjonen for et barn kan bli tilfredsstillende om den må baseres på en mer eller mindre permanent tilstedeværelse av utenforstående.”

Det sentrale vurderingstemaet når det gjelder nødvendighetskravet i annet ledd er foreldrenes evne og vilje til å samarbeide. I mange tilfeller er omsorgssviktsituasjonen et resultat av at foreldrene mangler enten evne eller vilje til å samarbeide for å bedre barnets omsorgsbetingelser. Grunnen til dette kan være at foreldrene ikke vil eller kan innse at det er problemer ved deres omsorg, som skaper behov for hjelp. Foreldrene føler det offentlige innblanding som en krenkelse av deres identitet og integritet i forhold til foreldrerollen. Dette innebærer i mange tilfeller at foreldrenes evne til å gi omsorg, i seg selv, ikke er så mangelfull at den ikke kan rettes på ved hjelpetiltak. Dette kunne i så fall ha forhindret et omsorgsvedtak. Men når foreldrenes motforestillinger til hjelpetiltak fra det offentlige, medfører at hjelpetiltak ikke lar seg gjennomføre, og barnet av den grunn vedblir å være i en omsorgssviktsituasjon, er nødvendighetskravet i annet ledd oppfylt. Den eneste utvei for å nå frem til barnet med nødvendige tiltak, er dermed å eliminere foreldrenes kompetanse til å forhindre dette, ved å frata foreldrene omsorgen. Et eksempel her er Rt 1998 side 1702 (side 1710). Saken gjaldt omsorgsvedtak for i alt fem brødre, men hvor det bare for fire av dem, var påvist beviselige skader. Saken er nærmere omtalt under punkt 3.1.5.6. Når det gjaldt muligheten til å nå frem med hjelpetiltak, er det spesielt moren i denne saken, som har vist en steil og avvisende holdning. I og med at det er moren som har den dominerende rollen ved avgjørelsen av om det skal tas imot hjelp, har ikke farens mer liberale holdning til dette, fått non særlig betydning for bedring i barnas omsorgssituasjon. De hjelpetiltak som har vært forsøkt, er etter kort tid blitt avbrutt når moren har blitt møtt med kritikk eller irettesettelse fra det offentlige. Hun har følgelig satt sine egne personlige interesser foran barnas behov for hjelp. I forhold til spørsmålet om at omsorgen skal oppheves, var et av foreldrenes momenter at de var villige til å ta imot hjelp, men om dette uttaler retten (side 1710):

”Jeg kan imidlertid ikke se at det er sannsynlig at det mønsteret jeg har beskrevet, vil bli endret. Et tydelig tegn på at problemene fortsatt består, (...) guttenes månedlige besøk i fosterhjemmet plutselig ble avlyst og alle fosterforeldrene ble beskyldt for å være løgnere. Barnevernets forsøk på samarbeid om planer for hvordan en eventuell tilbakeføring (...) skulle legges opp, er også blitt avvist.”

## **4 Inngrep bare dersom dette er til det beste for barnet - Skjønnsutøvelsen**

### **4.1 Betydningen av ”kan”**

#### **4.1.1 Frihet til eller kompetanse til**

Begrepet ”kan” er språklig sett flertydig. Det kan bety to ting, enten at man har frihet til å foreta seg noe, eller at man har kompetanse til noe. Når det gjelder omsorgsvedtak, må begrepet i alle fall ha den siste betydningen. Det vil si at fylkesnemnda har kompetanse til å treffe vedtak om omsorgsovertakelse. Fylkesnemnda har med andre ord evne til å kunne begrense foreldrenes rettigheter med hensyn til omsorg for egne barn.

Betydningen av ”kan” innebærer at fylkesnemnda ikke pålegges noen plikt til å vedta omsorgsovertakelse, men den gir fylkesnemnda kompetanse eller adgang til det, forutsatt at de øvrige kumulative vilkår er til stede. Det innebærer at fylkesnemnda også har frihet til å velge om den vil bruke sin kompetanse eller ikke.

#### **4.1.2 Prinsippet om hensynet til barnets beste**

Barnevernloven presiserer i § 4-1, hva det blant annet skal legges vekt på ved ”kan-vurderingen” i § 4-12. Denne bestemmelsen kommer til anvendelse ved valg av ulike tiltak for barnet, og i den sammenheng skal vurderingen bygge på hensynet til barnets beste.

Bestemmelsen snakker om ”tiltak”. Dette må se i sammenheng med at bestemmelsen er en formålsparagraf i kapittel 4, og bestemmelsen selv presiserer at den skal gjelde i forhold til de situasjoner der ”anvendelse av bestemmelsene i dette kapittel” er forutsatt. Begrepet ”tiltak” knytter seg derfor opp til de tiltak som kan iverksettes etter lovens kapittel 4.

Språklig sett kan ordlyden ”å finne tiltak” strengt tatt forstås dit hen, at det ikke er snakk om å vurdere om det skal settes i gang tiltak eller ikke. Med andre ord at det er forutsatt at tiltak skal settes i gang. Vurderingen går bare på å avgjøre hvilke typer tiltak som skal

settes inn. Ved valget av de ulike alternative tiltakene barnevernet kan tenke seg å sette inn, skal hensynet til barnets beste være avgjørende. Hvis en slik forståelse blir lagt til grunn for § 4-1, ville hensynet til barnets beste være en illusorisk formalitet uten noe reelt innhold for barnet. Det ville utelukke vurderingen om det i det hele tatt er bedre for barnet å komme under omsorg, enn å få bli boende hos foreldre. Dette ville medføre en ukritisk stillingtagen til barnevernets egne evner til omsorg for barn, som igjen kunne medføre at barnet kanskje ville få det verre under omsorg, enn hva det hadde hatt hvis det hadde fortsatt å bo hjemme. Formålet med barnevernloven om å sikre barn mot skadelige forhold, ville i så fall være borte, jf § 1-1. Det er forutsatt at hensynet til barnets beste, både kommer avgjørende inn ved vurderingen om det skal iverksettes tiltak, og hvis tiltak skal iverksettes, ved vurderingen om hvilke tiltak som skal settes inn.

Ordlyden tilsier, at det bare er momenter som ivaretar hensynet til barnet, som skal omfattes av denne vurderingen, jf punkt 2.1.3. Når vurderingen har kommet til dette trinnet i vedtaksprosessen, vil lovens to øvrige kriterier være oppfylt. Utgangspunkt er dermed at omsorgsvedtak bør skje<sup>18</sup>. Når disse nødvendige vilkårene er avhengig av en bred skjønnsmessig vurdering, er det ikke naturlig å si at det skal skje en omsorgsovertakelse. Derfor ble det en ”kan-vurdering”, jf forarbeidene (NOU 1985: 18 sidene 158-159).

Hensynet til barnets beste gir ikke i seg selv noen hjemmel for omsorgsvedtak. Hensynet kommer bare til anvendelse dersom inngrepsbestemmelsene er oppfylt i det enkelte tilfelle. Hensynet til barnets beste er ikke et vurderingstemaet når det skal avgjøres om inngrepsvilkårene er oppfylt i den enkelte saken. Foreldrene kan med andre ord ikke fratas omsorgen for eksempel etter alternativ a, selv om det foreligger mangler og det derfor hadde vært best for barna å vokse opp hos andre, fordi inngrep etter bestemmelsen setter et krav om ”alvorlige” mangler. Ordlyden viser at ved vurderingen av om det i det hele tatt foreligger hjemmel til inngrep, må hensynet til barnets beste stå tilbake for det biologiske prinsipp, det mildeste inngreps prinsipp og ikke minst legalitetsprinsippet.

---

<sup>18</sup> Lindboe 1998 side 93

## 4.2 Momenter som inngår i prinsippet om hensynet til barnets beste

### 4.2.1 Innledning

I forarbeidene er det presisert ulike momenter det må legges vekt på ved vurderingen av prinsippet (Ot. prp. nr. 44 side 28 og Innst. O. nr. 80 side 13). To av de momentene som fremgår av forarbeidene, er ansett som så viktig at de er blitt tatt inn i selve lovteksten. Dette gjelder momentene om stabil og god voksenkontakt, samt kontinuitet i omsorgen. Lovbestemmelsen gir ikke en uttømmende regulering av de momenter som skal og kan tas med i vurderingen, jf formulering ”herunder” i annet punktum.

### 4.2.2 ”Stabil og god voksenkontakt” og ”kontinuitet i omsorgen”

Loven har som sagt selv lagt en føring på hvilke momenter den har ansett som viktig å ta med. For det første skal det legges vekt på ”stabil og god voksenkontakt” og for det annet ”kontinuitet i omsorgen”.

Spørsmålet er hva som menes med ” stabil og god voksenkontakt” med hensyn til vedtak om omsorgsovertakelse. Språklig sett representerer ”stabil og god voksenkontakt” et moment mot at det skal fattes et slikt vedtak. Et vedtak vil innebære et fysisk brudd i forholdet mellom barna og foreldrene, og følgelig et brudd med en stabil voksenkontakt med foreldrene. Loven snakker om ”voksenkontakt” og gir selv ikke noen nærmere presisering av hvem dette omfatter. Et naturlig utgangspunkt vil være at det omfatte foreldrene. Det vil imidlertid trolig også omfatte andre utenforstående voksne som er en del av barnets omsorgs- og oppvekstmiljø. Det være seg den nærmeste familie utover foreldrene, barnehage, skole, naboer og eventuelt fritidsordninger, der det er voksne som nødvendigvis vil være en del av barnets kontaktflate i hverdagen. Dersom omsorgsvedtak blir fattet, vil det svært ofte medføre et mer eller mindre omfattende brudd med denne voksenkontakten, utover hva foreldrene representerer, og det kan være uheldig for barnet.

Dette momentet må vurderes i forhold til hvor tidlig i barnets leveår barnevernet kommer inn med et omsorgsvedtak. Dersom vedtaket kommer inn i en svært tidlig fase av barnets liv, vil det være mindre betenkelig med et brudd, fordi barnet ikke har rukket å få en nær tilknytning til sine foreldre. Det har ikke vært tid nok til å etablere et stabilt forhold mellom foreldrene og barnet, og eventuelt andre voksenpersoner i barnets oppvekstmiljø. Kommer derimot barnevernet sent inn i barnets liv, vil tilknytningsmomentet være sterkt, og dermed vil dette momentet få stor betydning for om et oppbrudd vil være bra for barnet. Her må det imidlertid skje en sammenlikning av hva slags belastning et brudd med foreldrene og det øvrige miljøet rundt hjemme vil innebære for barnet, og de belastninger det å forbli hos foreldrene representerer for barnet. Blir ulempene med å forbli under foreldrenes omsorg for stor i forhold til fordelene, vil det likevel tale for en omsorgsovertakelse, selv om det innebærer et brudd i voksenkontakten. Dette momentet vil i så fall gjøre seg gjeldende ved vurderingen med å opprettholde et nært forhold mellom foreldrene og barna ved gode samværsordninger. Dette blir fremhevet i lovmotivene (Innst. O. nr. 80 side 13).

Hva mener loven med ”kontinuitet i omsorgen”? Rent språklig betyr kontinuitet sammenheng eller uavbrutthet. Dette henger dermed sammen med det foregående kriteriet med hensyn til stabil voksenkontakt. Dette momentet vil dermed også isolert tale mot et omsorgsvedtak, idet en flytting av barnet rent faktisk vil medføre avbrudd i forholdet mellom foreldrene og barnet, og eventuelt andre som har vært en naturlig del av barnets omsorgsmiljø hjemme. Hvis man på den annen side bare skulle ta hensyn til momentet om at det ikke må skje avbrudd i omsorgen, ville det bety at det heller ikke kunne medføre avbrudd av en dårlig og kanskje skadelig omsorg. Og dette ville ikke være å ta hensyn til barnet i det hele tatt. Det må derfor skje en sammenlikning av hva et avbrudd vil medføre av dårlige forhold for barnet, sammenliknet med hva en fortsatt omsorg hos foreldrene ville medføre for barnet. Omsorgssituasjonen for barnet kan være så uholdbar at det ikke vil være en så stor belastning for barnet med et oppbrudd, som det vil være å forbli hjemme.

#### 4.2.3 Barnets eget ønske

Omsorgsvedtak er en alvorlig konsekvens for barnet, og dersom barnet faktisk har egne klare meninger og ønsker i forhold til sin egen situasjon, tilsier dette at disse må bli hørt. Dette må ikke bare gjelde som en formalitet, men også medføre en realitet i den enkelte situasjonen.

Barnets egne ønsker vil særlig være aktuelt når vedtak omfatter noe større barn. Dette momentet må være knyttet opp til at barnet faktisk har en forståelse av sin egen situasjon og eventuelt har egne meninger om forholdet. Barnets egne ønsker må naturlig nok knyttes sterkt opp til det enkelte barns alder, utvikling og modenhet. Dette innebærer at det er vanskelig å sette opp generelle retningslinjer for når barnets ønsker skal være et moment i vurderingen, og eventuelt hvor viktig dette momentet skal være i denne avsluttende vurderingen.

Spørsmålet om når barnet har rett til å bli hørt, er nærmere regulert i bvl § 6-3. Bestemmelsen bygger på bl § 31 om barns medbestemmelsesrett når det gjelder deres personlige forhold. Etter begge bestemmelsene øker barnets medbestemmelsesrett gradvis med alder, utvikling og modenhet. Barnets rett til å bli hørt, og omsorgspersonenes plikt til å høre hva barna har å si, må vurderes i forhold til det enkelte barns subjektive forhold. Dette innebærer at to barn på samme alder kan ha svært forskjellig utgangspunkt for det å ha forståelse av og meninger om eget forhold. Alderen er imidlertid en svært grei objektiv indikator for hva man vanligvis kan forvente seg av barns forståelse. Men dersom et barn er tidligere psykisk modent, og har en raskere psykisk utvikling enn hva som er adekvat, medfører dette at barnets mening tilsvarende tidligere skal høres i forhold til avgjørelser om dets personlige forhold. Og tilsvarende omvendt dersom et barn er sener utviklet og psykisk modent, enn hva som er vanlig. Når barnet har fylt 12 år skal det høres både etter bvl § 6-3 og bl § 31.

Barns rett til å bli hørt er også regulert i Barnekonvensjonen artikkel 12. Norge ratifiserte Barnekonvensjonen i 1991, og er dermed folkerettslig forpliktet til å følge konvensjonens bestemmelser. For tiden arbeides det med å innarbeide konvensjonen i

norsk lov<sup>19</sup>. Etter artikkel 12 nr.1 har barnet rett til å bli hørt i alle forhold som vedrører det. Konvensjonen knytter ikke denne retten til noen aldersgrense. Vekten av barnets synspunkter er imidlertid tilknyttet alder og modenhet. Barnets mening skal gis behørig vekt i samsvar med alder og modenhet.

Det forhold at et barn har rett til å bli hørt, tilsier ikke at det alltid skal bli hørt, dersom barnet ikke har noen meninger om problemene. Barnets rett er ingen plikt til å ha meninger. Dersom dette hadde vært tilfelle kunne det å ha meninger bli en belastning for barnet og ikke en sikring av barnets interesser. Det er ofte svært belastende for barnet å ha meninger, og kanskje spesielt i vanskelige forhold. Det å ha gode omsorgsforhold rundt seg innebærer blant annet å kunne slippe å føle et for stort ansvar i forhold til modenheten. Det er i seg selv en trygghet for barnet å vite at det ikke trenger å ta egne avgjørelser om vanskelige ting, men at omsorgspersonene tar avgjørelsene på deres vegne. På den måten avlastes barnet for byrder i hverdagen. Omsorgen for barna går nettopp ut på å gi barna gode rammebetingelser ved å bare få lov til å være barn, uten noen bekymringer og eget ansvar.

Belastningen for barnet kan også gå den andre veien, ved at det faktisk har klare meninger om hva det ønsker seg og vil, men at disse blir neglisjert av omsorgsbasen, eller ikke vektlagt ved avgjørelsen. Dette kan være tilfelle enten omsorgsbasen er foreldrene eller barnevernet.

Retten til å bli hørt må nødvendigvis medføre noe mer enn bare en faktisk uttalelsesrett. Hvis så var tilfelle, ville vilkåret vært oppfylt allerede ved at barnet rent faktisk fikk uttale seg, uten at synspunktene var sikret noen reell innflytelse på den materielle avgjørelsen. Barnets reelle innflytelse er sikret ved kriteriet om at det skal legges vekt på barnets mening, jf bl 31 første ledd annet punktum, bvl § 6-3 første ledd siste punktum og barnekonvensjonen artikkel 12 nr.1. Hvor stor innflytelse barnets mening har på avgjørelsesprosessen, er likevel avhengig av forholdene i den konkrete saken, fordi barnets mening er en del av den avsluttende vurderingen. Dette vil innebære at grunnvilkårene for å overta omsorgen foreligger, og da vil utgangspunktet være at det

---

<sup>19</sup> Ot. prp. nr. 29 (2002-2003) ”Om lov om endringer i barneloven mv.” side 57-58



bør skje et omsorgsvedtak. Dersom barnets ønsker er det eneste argumentet som taler mot et omsorgsvedtak, skal det i praksis mye til for at dette blir avgjørende.

Før fylte 12 år skal barnets mening tillegges vekt både etter barneloven og barnevernloven. Når barnet har fylt 12 år er det imidlertid en forskjell på graden av vekt etter barnevernloven og barneloven. Etter barnevernloven § 6-3 første ledd siste punktum skal barnets mening tillegges ”vekt”, mens barnets mening etter den tilsvarende bestemmelsen i barneloven § 31 annet ledd siste punktum lovfester at barnets mening skal tillegges ”stor vekt”. Det er et spørsmål om dette er en forskjell som skal ha et reelt innhold.

Før den nye barnevernloven 1992, var det barnelovens bestemmelse som kom til anvendelse på slike forhold, og følgelig ble barnets mening ved fylte 12 år, tillagt stor vekt. Dette taler for at det ikke skal være noe reell forskjell på hvilken betydning barns mening skal tillegges i forhold til om de er barnevernsbarn eller ikke. Det faktum at en tilsvarende bestemmelse er tatt med i den nye barnevernloven trekker i motsatt retning, fordi barnevernloven er en nyere lov og dermed skal gå foran. Det andre er at barnevernloven er en spesialbestemmelse i forhold til barneloven på dette området, som også trekker i retning av at barnevernlovens ordlyd skal legges til grunn.

Spørsmålet er imidlertid om det har vært meningen fra lovgivers side å gjøre en forskjell på barn på dette området. I forarbeidene fremkommer det (NOU 1985: 18 side 269 flg.) at:

”Utvalget mener at barnelovens § 31 er viktig. Skal bestemmelsen få den rekkevidden den fortjener, bør den i hovedtrekk inntas også i en ny lov om sosiale tjenester. (...). Har barnet fylt 12 år skal det alltid få si sin mening før det blir truffet vedtak ....., og det skal legges stor vekt på hva barnet mener.”

Her må man forstå lovmotivene slik at det ikke skal være noen realitetsforskjell. Det fremheves at uansett i hvilken sammenheng barns uttrykte meninger kommer, skal de ved fylte 12 år tillegges stor vekt. Forarbeidene understreker at barnelovens medbestemmelsesrett også gjelder for barnevernsbarn. Lovgiver har imidlertid funnet

det nødvendig å gjenta barns medbestemmelsesrett i barnevernloven. Grunnen til denne gjentakelsen, er fordi barn som omfattes av barnevernloven, er i en så vidt spesiell situasjon at betydningen av medbestemmelsesretten, kanskje er mer fremtredende her enn ellers. Stortingskomiteen (Innst. O. nr. 80 side 13), har lagt til grunn den samme forståelsen som Sosiallovutvalget (NOU 1985: 18 side 269 flg.) på dette punkt:

”I tillegg vil komiteen understreke at barnets eget ønske i forbindelse med tiltak må tillegges stor vekt ved vurderingen av hvilke løsninger som skal velges.”

Forarbeidene forstås slik at det ikke skal være noen reell forskjell på vektleggingen av barnets ønsker i forhold til i hvilken forbindelse de er uttrykt. Forarbeidene taler klart i den retning at barnets mening skal tillegges stor vekt når barnet har fylt 12 år, uansett hvilken situasjon barnet befinner seg i. En slik forståelse stemmer også over ens med barnekonvensjonen artikkel 12, der barns synspunkter skal gis behørig vekt med dets alder og modenhet.

Man må se hvordan loven er tolket av domstolene. I Rt. 1999 side 1883, var barnas ønske om å komme hjem til moren, et av de momentene dommeren vektla ved avgjørelsen av at omsorgen skulle oppheves. I denne saken var de angjeldende barn henholdsvis ”snart 12 år” og ”snart 10 år”. Retten uttaler om vektleggingen av barnas synspunkter (side 1891):

”Selv om ingen av dem har fylt 12 år, er de så nær denne grensen at det må legges vekt på hva de mener.”

Det virke som om retten knytter vektleggingen av barns mening opp til 12 års grensen, som om dette var det eneste kriteriet for at deres mening skal tillegges vekt. En slik språklig forståelse følger ikke av lovens ordlyd, som tilsier at barns ønsker skal tillegges vekt både før og etter fylte 12 år. Forskjellen ligger bare i at det før fylte 12 år, er satt opp særskilte kriterier som gjør bedømmelsen mer konkret i forhold til hvert enkelt barns modning og utvikling, mens fylte 12 år blir et objektivt og generelt kriterium. Rettens formuleringer er heller ikke i samsvar med barnekonvensjonen artikkel 12. I tillegg kan avgjørelsen forstås slik, at retten mener at barnets meninger også ved fylte 12 år, bare skal tillegges vekt og ikke stor vekt. Retten sier ikke hvilken hjemmel de har

brukt ved denne argumentasjonen, om det var § 31 i barnloven eller § 6-3 i barnevernloven. Men argumentasjonen tilsier at retten har tatt utgangspunkt i barnevernloven og dennes ordlyd. Dersom man legger denne avgjørelsen til grunn for hvordan man skal forstå bvl § 6-3, tilsier dette at det skal være en realitetsforskjell på vektleggingen av barns ønsker etter disse to lovbestemmelsene.

I Rt 1995 side 447 ble omsorgsvedtak for en gutt på 13,5 år opphevet. Ett av rettens momenter for opphevelsen, var guttens eget ønske om å flytte hjem til faren (jf side 452). Retten sier ingenting om hvilken vekt de tillegger guttens ønsker. Guttens ønsker er bare ett av flere momenter som taler for opphevelse av omsorgen, og det er derfor vanskelig å si noe generelt om hvor stor vekt dette momentet er tillagt.

I Rt 1998 side 1702 ble omsorgsvedtaket opprettholdt av retten. I denne saken ønsket to gutter, henholdsvis 14,5 år og 12,5 år, å flytte hjem til foreldrene. I denne avgjørelsen uttaler Høyesterett vedrørende barns mening, at denne i henhold til loven, ikke uten videre skal følges. Denne avgjørelsen taler ikke mot at vektleggingen skal være stor. Avgjørelsen setter bare en øvre grense for hvor mye meningen skal ha å si på sluttresultatet, og der sier retten at den ikke skal ha avgjørende betydning, dersom andre viktige momenter trekker i en annen retning. Det er forskjell på stor vekt og avgjørende vekt, og retten sier at barns ønsker ikke har avgjørende vekt.

Argumenter som trekker i retning av å tolke lovteksten i samsvar med forarbeidene, er for det første at dette ville samsvare best med barnekonvensjonen artikkel 12. Her presiseres det at barns synspunkter skal gis behørig vekt i samsvar med alder og modenhet. For det annet ville det ellers bli en forskjellsbehandling av grupper av barn. Det vil si at barnevernsbarn ville skilt seg ut som en særegen gruppe i forhold til andre barn, i og med at deres meninger ville blitt tillagt mindre vekt enn andre barns meninger. Det vil medføre at barnevernsbarn på dette punkt, har dårligere rettssikkerhet enn barn for øvrig. Dette kan neppe ha vært lovgivers intensjon.

På den annen side, er barn som er tatt under omsorg av barnevernet i en meget spesiell situasjon, der det ofte står om barns interesser mot foreldrenes. I barneloven § 31 første ledd siste punktum, heter det at bestemmelsen også gjelder for andre som barnet bor hos

eller som har med barnet å gjøre. Dette innebærer at barnelovens bestemmelse også gjelder overfor både barneverntjenesten, fosterforeldrene, fylkesnemnd og rettsapparat, som skal ta avgjørelser vedrørende barnet (jf Innst. O. nr.30 (1980-81) - om lov om barn og foreldre, side 9).

Man må trolig legge til grunn at barnevernloven, når det gjelder vektleggingen av barnets ønske ved fylte 12 år, må tolkes på samme måte som etter barneloven.

Det har kommet et endringsforslag ved Ot.prp. nr. 45 (2002-2003) – innarbeiding av barnekonvensjonen i norsk lov. Her er det foreslått endringer i blant annet barnevernloven som ytterligere skal sikre barns uttalelsesrett, ved å synliggjøre barnekonvensjonens artikkel 12 i loven. Endringsforslaget går ut på at barn som er fylt 7 år, men også yngre barn som er i stand til det, skal informeres og gis rett til å uttale seg i saker som berører dem (jf side 28-29, 32). I og med dette lovendringsforslaget, må det være helt klart at barns uttalelsesrett og vektleggingen av denne etter dagens bvl § 6-3, skal forstås på samme måte som bl § 31.

#### 4.2.4 En plassering må være bedre for barnet

I og med at loven har blitt en ”kan-bestemmelse” og ikke en ”skal-bestemmelse”, kan det ikke skje en ukritisk omsorgsovertakelse med hensyn til hva det offentlige kan tilby barnet av omsorg. Omsorgssvikt må følgelig ikke bare vurderes i forhold til foreldrenes omsorgstilbud, men må også vurderes i forhold til det offentliges tilbud. Dette nødvendiggjør en sammenlikning av barnets situasjon før og etter tiltak. En slik sammenlikning er lagt til grunn i lovmotivene. Sosiallovutvalget foreslår (NOU 1985: 18 side 158), som et tredje punktum i annet ledd at:

”vedtak om ansvarsovertakelse bare kan treffes dersom den plasseringsmulighet sosialtjenesten går inn for vil være bedre for barnet enn at de blir boende hos foreldrene. Dette betyr at sosialtjenesten må vurdere om den har de nødvendige ressurser for å kunne plassere barnet i samsvar med barnets behov. For eksempel vil det være meningsløst å overta ansvaret for et barn med særlige behandlings- og opplæringsbehov, hvis behandlingsplassen ikke kan skaffes.”

At en slik bestemmelse skulle inntas særskilt i lovens ordlyd ble ikke fulgt opp i Ot prp. nr. 44 (side 44), men utelatelsen skulle ikke innebære at kriteriet ikke skulle tas spesielt hensyn til ved vurderingen:

”Departementet mener at plassering av barn utenfor hjemmet etter en ansvarsovertakelse bare skal kunne skje dersom den plassering som barneverntjenesten går inn for blir bedre for barnet enn at det blir boende i sitt eget hjem.

Departementet er imidlertid kommet til at en slik bestemmelse er unødvendig i lovteksten, og foreslår bestemmelsen sløyfet.

Problemet er hva slags tilbud det offentlige må ha, sammenliknet med foreldrenes. Tilbud må minst være bedre enn det foreldrene kan tilby, ellers ville barnet bare bli forflyttet til en ny omsorgssviktsituasjon. Det offentliges tilbud kan likevel ikke bare være litt bedre enn foreldrenes, for dette i seg selv tilsier ikke at forholdene er tilfredsstillende etter loven. I så fall ville en omsorgsovertakelse medført ytterligere skader for barnet. Det minste som må kreves fra det offentliges side, er at tilbudet vil medføre at barnet etter inngrepet ikke lenger er i en omsorgssviktssituasjon. Barnets situasjon må være tilfredsstillende. Barnevernlovens målestokk, når det gjelder omsorgsvedtak, er ment å sette en nedre grense for hva som kan aksepteres av kvaliteten på omsorgens. I og med at utgangspunktet for vurderingen er at barn normalt skal vokse opp hos sine foreldre, tilsier disse to forholdene at det offentliges tilbud må være klart bedre sammenliknet med foreldrehjemmet. Tilbudet kan følgelig ikke bare ligge så vidt over den nedre grense, men må ha god kvalitet. Er ikke dette et krav til det offentlige, vil omsorgsvedtak kunne medføre at barn blir ytterligere mer skadelidende enn ved å bli boende hjemme. Det som her er sagt, ble blant annet lagt til grunn i Rt 1995 side 447. Her ble omsorgsvedtaket opphevet ved at retten sammenliknet det offentliges og farens omsorgstilbud. Retten mente det var stor usikkerhet med hensyn til om gutten faktisk ville få det bedre under omsorg. I vurderingen tok retten i betraktning den ulempe og påkjenning det var for gutten ikke å få bo hos faren, når det var guttens ønske. Retten kom til at det var bedre for gutten, at omsorgen ble opphevet.

Det kan likevel ikke bare være en generell retningslinje, at en plassering må være bedre for barnet, men må vurderes i forhold til hvert enkelt barn. Det må vurderes hvorvidt det enkelte barn vil profitte på et omsorgsvedtak. Dette innebærer at det rent objektivt ikke er nok at omsorgstilbudet er klart bedre for barnet enn å forbli hjemme, fordi spørsmålet om hvor godt et barn vil profitte på et tilbud, avhenger mye av barnets mottakelighet for dette. En slik mottakelighet henger sammen med det enkelte barns psyke. Det at et barn blir fratatt sine foreldre, vil som oftest medføre påkjenninger og ulemper for barnet. Dette kan føre til mer skade enn hva det nye bedre tilbudet, vil medføre av nytte for det enkelte barnet. Dette ble spesielt vektlagt i Rt. 1999 side 1883. Her kom retten til at omsorgen skulle oppheves. En del av begrunnelsen for denne avgjørelsen, var at barnevernet ikke hadde et tilbud som ville bli et bedre alternativ for barna enn å bo hjemme. Det omsorgstilbudet barnevernet kunne gi, sammenlikne med morens tilbud, var omtrent like bra. Fortsatt omsorg ville medføre påkjenninger for guttene, fordi de ønsket å flytte til moren, samtidig som de ikke hadde funnet seg til rette under det reelle omsorgstilbudet i institusjonen. Sak gjaldt barn som hadde bodd utenfor hjemmet en tid, og det var eventuelt snakk om en tilbakeføring til moren. Påkjenningen ved å flytte fra mor var følgelig ikke noe argument mot offentlig omsorg. Likevel ble omsorgen opphevet. Dette forsterker vilkåret om at det offentlige tilbudet må være et klart bedre alternativ enn at barna blir boende hjemme.

Ved opphevelse av omsorgsvedtak, skal det ikke så sterk overvekt til for det offentliges tilbud for at dette skal slå igjennom, som når det gjelder forholdet før vedtak er iverksatt. Grunnen er at plasseringen allerede er foretatt. Avgjørelsene i Rt 1995 side 447, om gutten som ville hjem til faren, og Rt 1999 side 1883, om guttene som ville hjem til moren, illustrerer hvor mye vekt retten i enkeltavgjørelser, også i denne situasjonen, legger denne retningslinjen i vurderingstemaet. Det man imidlertid i begge disse avgjørelsene kan merke seg, er at barna selv ønsket å komme hjem, og det sistnevnte er med på å begrunne hvorfor retten vektla momentet så mye som den gjorde. Men slik vil situasjonen ofte være også før omsorgsovertakelse.

## **5 Hvem som tar de konkrete skjønnsmessige vurderingene og hvem som står for skjønnsutøvelsen**

### **5.1 Innledning**

Kriteriene for omsorgsvedtak legger opp til en konkret skjønnsmessig avgjørelse. Kriteriene for omsorgsvedtak etter den gamle barnevernloven, innebar et utstrakt behov skjønn. Ved vedtakelsen av den nye loven, var ønsket å redusere skjønnselementet i forhold til loven av 1953. Lovmotivene (Ot. prp. nr. 80 side 41, som henviser til NOU 1985: 18 side 156 flg.) uttrykker at det verken er mulig eller ønskelig å fjerne skjønnselementet etter den nye barnevernloven.

Kritikken har gått ut på at skjønnselementet ved inngrepskriteriene, kan bli en trussel mot barn og foreldres rettssikkerhet, tatt i betraktning hvor alvorlig et omsorgsvedtak er. Skjønnselementet vil undergrave borgernes forutberegnelighet, ved at det ofte vil være vanskelig å forutsi hva som faller inn under loven. Den enkelte rettsanvender vil følgelig konkret kunne tolke inngrepskriteriene for fritt, som kan medføre at det skjer overtramp fra det offentliges side. Lovgiver har likevel valgt en skjønnsmessig utforming av kriteriene, som delvis begrunnes i forarbeidene (NOU 1985: 18 side 156, jf Ot. prp. nr. 44 side 41):

”Betydningsinnholdet i de ord som må brukes er ofte uskarp og av slik karakter at det også må legges vekt på en rekke tilleggsmomenter.”

Forarbeidene presiserer imidlertid ikke hvorfor det må brukes så uskarpe ord i kriteriene. Barnevernrett er et område som er sammensatt av komplekse menneskelige forhold. Det er derfor ikke lett å lage generelle bestemmelser om forhold som er

avhengig av en konkret vurdering. Blir utformingen av inngrepskriteriene for generelle, er det fare for at rammene for inngrep blir for vide eller snevre. Det er derfor nødvendig å bruke skjønnsmessige begreper.

Det er likevel ikke å nedprioritere barn og foreldres rettssikkerhet, fordi skjevheten oppveies ved saksbehandlingsreglene (NOU 1985: 18 side 157):

”Som rettssikkerhetsgaranti vil saksbehandlingsreglene antagelig være viktigere enn de formuleringer som velges i bestemmelsene om adgangen til å overta foreldreansvaret.”

Skjevheten oppveies blant annet ved bruk av sakkyndig ekspertise og ved domstolenes prøvelsesrett.

## 5.2 Sakkyndig kompetanse

Ordlyden i inngrepskriteriene for omsorgsvedtak, stiller ikke noe krav til faglig forankring. Den personelle kompetansen til å treffe slike vedtak ligger imidlertid hos fylkesnemnda, som nettopp også sikrer den faglige kompetansen, ved at fylkesnemnda i den enkelte sak skal være sammensatt av blant annet to sakkyndige medlemmer, som skal være med på avgjørelsen, jf sotjl § 9-6 første ledd første punktum, jf bvl § 7-1 første ledd b og e. I tillegg kan sakkyndig ekspertise oppnevnes som veiledning i den enkelte sak. Disse skal imidlertid ikke delta i avgjørelsen, jf sotjl § 9-6 annet ledd. De prosessuelle reglene sikrer at ikke bare den rettslige, men også den faglige vurderingen av inngrepskriteriene ivaretas.

Domstolene har ansvar for sakens fulle opplysning, jf tvml § 481 siste ledd. Domstolene avgjør konkret om det er nødvendig med sakkyndig kompetanse, der det kan være av betydning for sakens faktiske opplysning. Dette ble lagt til grunn i Rt 1997 side 1162. Underrettene er også sammensatt med sakkyndige meddommere, som ivaretar de faglige vurderingene i avgjørelsen, jf tvml § 325 siste ledd, jf dl § 88.



Når det gjelder Høyesterett overprøvelse, kan sakkyndig kompetanse bare tilføres retten ved sakkyndig bistand, jf tvml § 238, men den fagkyndige vurderingen er likevel godt ivare tatt tidligere i prosessen.

De sakkyndige skal faglig utrede de konkrete faktiske forholdene på en forsvarlig måte, og omsorgsvedtak krever som oftest en psykologfaglig innsikt. Denne faggruppen har den nødvendige ekspertise og erfaringskunnskap når det gjelder barns utviklingsprosesser, og eventuelt hvilke forutsetninger som må være til stede i omsorgen for best mulig utvikling av barns evner. Likeledes har psykologfaget erfaringskunnskap om hvilke skader som kan oppstå på barnet, dersom omsorgen er utilfredsstillende. I tillegg skal de sakkyndige undersøke situasjonen for det konkrete barnet. De sakkyndige skal tilføre retten faktaopplysninger om det konkrete barnet og dets omsorgsforhold. Ut fra de sakkyndiges erklæringer får retten innsikt i den faktiske situasjonen, slik denne har blitt beskrevet og tolket av de sakkyndige, og kan blant annet på dette grunnlag ta stilling til om inngrepskriteriene rettslig sett er oppfylt. Retten er ikke bundet av de sakkyndiges tilrådninger, men de sakkyndige får likevel en uformell makt, idet retten ofte tillegger de sakkyndiges vurderinger avgjørende vekt ved subsumsjonen, jf NOU 1995: 23<sup>20</sup> (side 10):

”Selv om sakkyndige ikke har den formelle beslutningsmyndighet tillegges deres vurderinger betydelig vekt. Den sakkyndige kan således ha stor uformell makt.”

(side 15):

”Den sakkyndiges oppgave er å veilede retten. Retten har ingen plikt til å følge de sakkyndiges syn, men normalt vil den gjøre det.”

Dette gjelder spesielt i de tilfellene der de sakkyndige rapportene kommer med klare faglige konklusjoner, og der flere sakkyndige bekrefter hverandres standpunkter. Et eksempel her er Rt. 2002 side 327:

---

<sup>20</sup> NOU 1995: 23 Barnefaglig sakkyndighetsoppgaver

”Konklusjonene virker godt underbygd, og de er klare. Jeg mener at de sakkyndiges vurderinger må veie tungt i denne saken, slik det også er gitt uttrykk for blant annet i sakene i Rt- 1982-764 og Rt-1987-805.”

De konklusjonene retten refererer til her gjelder de faglige, for de rettslige skal domstolene selv avgjøre.

Retten har i andre tilfeller gått mot sakkyndige anbefalinger, kanskje spesielt i tilfeller der de sakkyndige ikke er enige om konklusjonen. Et eksempel er Rt 1999 side 1883. Den ene sakkyndige mente at barna burde flyttes hjem, mens den andre mente at omsorgen måtte opprettholdes. Her fulgte retten anbefalingen til den førstnevnte sakkyndige, fordi det samsvarte best med rettens egen vurdering av grunnlaget for de sakkyndiges anbefalinger, sett i forhold til sakens øvrige opplysninger. Saken er et eksempel på at retten vil legge til grunn en mer selvstendig vurdering av de øvrige bevis, når de sakkyndige er uenige seg i mellom, enn det retten kanskje gjør når de sakkyndige er samstemte om klare og godt underbygde faglige konklusjoner.

Kravet til bruken av sakkyndig kompetanse ved omsorgsvedtak, henger sammen med det inngrepets alvorlige karakter. Dette har ført til strenge inngrepsvilkår, som videre forutsetter at vurderingene ikke bygger på tilfeldigheter, men er faglig forankret

### 5.3 Domstolskontrollen

#### 5.3.1 Alminnelig domstolskontroll med forvaltningsvedtak

Ved alminnelig domstolskontroll med forvaltningsvedtak etter tvml kapittel 30, er prøvingsretten begrenset. Domstolene kan i alminnelighet overprøve forvaltningens lovanvendelse, saksbehandling og om det er lagt til grunn riktig fakta på vedtakstidspunktet. Domstolene har imidlertid begrenset prøvingsrett når det gjelder forvaltningens skjønnsutøvelse, fordi domstolene i alminnelighet ikke sitter inne med den samme faglige vurderingsmuligheten. Domstolene kan følgelig bare overprøve om det har skjedd myndighetsmisbruk under avgjørelsen, enten som grovt urimelig skjønn eller at det er tatt utenforliggende hensyn, vilkårlighet eller ubegrunnet

forskjellsbehandling. Domstolene kan imidlertid ikke overprøve forvaltningens faglige hensiktsmessighetsskjønn<sup>21</sup>.

### 5.3.2 Domstolskontroll av tvangsvedtak etter barnevernloven

I 1970 fikk tvistemålsloven et nytt kapittel 33 som omhandlet domstolenes overprøvelsesrett av tvangsvedtak. Etter tvistemålsloven § 482, jf § 485 siste ledd, har domstolene full overprøvelsesrett av fylkesnemndas omsorgsvedtak. Domstolene kan også overprøve fylkesnemndas skjønnsutøvelse med hensyn til hensiktsmessighet, jf eksempelvis Rt 1999 side 1883 (side 1888):

”Ved overprøving av fylkesnemndas vedtak har domstolene kompetanse til å prøve alle sider av vedtaket, både de rettslige og de faktiske, og også selve forvaltningsskjønnet, se tvistemålsloven § 482.”

I alminnelighet er utgangspunktet at et opprinnelig ugyldig vedtak, skal oppheves. Dette skal sikre at urett ikke opprettholdes selv om det har gått noe tid. Det som her er sagt tilsier kanskje i enda sterkere grad, en tilsvarende regel for omsorgsvedtak, når det tas i betraktning hvor alvorlig og inngripende et slikt vedtak er overfor barn og foreldre. Legger man en slik ensidig tolking til grunn vil det innebære en ensidig hensynstagen til foreldrene. For selv om barn og foreldre opprinnelig ikke burde vært skilt, kan barna i mellomtiden ha etablert en tilknytning til sine fosterforeldre. En automatisk opphevelse ville dermed medføre at barna på ny måtte gjennomgå et følelsesmessig oppbrudd, med ytterligere påfølgende skader. Dette innebærer at omsorgsvedtak etter barnevernloven ikke kan få noen automatisk ugyldighetsvirkning av hensyn til barna. Et eksempel her er Rt 1996 side 1203 (side 1207), med henvisning til uttalelsene om ugyldighetsspørsmålet i Rt 1991 side 1355 (1358-59):

”Det er også lagt til grunn av Høyesterett at vurderingen av om omsorgsovertakelse skal opprettholdes eller barnet tilbakeføres, i det vesentlige vil måtte bli det samme om søksmålet er reist for å prøve selve omsorgsvedtaket, eller om det ved anvendelsen av lovens paragraf 48 annet ledd om opphevelse av omsorgsvedtak som angripes. (...). I begge tilfelle vil virkningenor barnet av en tilbakeføring stå sentralt i vurderingen.

---

<sup>21</sup> Lindboe 1998 side 236

Dette må innebære, (...), at det ikke kan få en slik ugyldighetsvirkning som den ankende part hevder, om retten i ettertid skulle mene at de lovfestede vilkår for barnevernets omsorgsovertakelse ikke var oppfylt den gang vedtaket ble truffet.”

Domstolskontrollen med det opprinnelige vedtaket blir følgelig ikke så reell.

Domstolenes avgjørelse skal bygge på forhold på domstidspunktet, jf. Rt 1982 side 764 (side 766 flg.), jf Rt. 1991 side 1355, der det også understrekes at dette utgangspunktet er fastslått ved en rekke avgjørelser. Dette tilsier at Høyesterett ikke ser behov for å gå inn å vurdere om det opprinnelig forelå omsorgssvikt, og dermed er det uklart hva skjønnet bygger på ved disse vurderingene. I praksis vurderer likevel Høyesterett ofte om det opprinnelig var grunnlag for omsorgsvedtak eller om det er det på domstidspunktet.

## **6 Avslutning**

### **6.1 Hovedfunn i problemstillingene**

Inngrepskriteriene for omsorgssvikt er svært vagt utformet, og det kan derfor synes som om den enkelte rettsanvender har en svært fri skjønnsmessig kompetanse ved tolkingen av kriteriene. Drøftelsene i fremstillingen har imidlertid vist at både forarbeider, og ikke minst rettspraksis, i betydelig grad har begrenset denne kompetansen, ved normative retningslinjer, som skal ligge til grunn for tolkingene. Avslutningsvis kommer jeg bare til å si noe om de viktigste funnene.

Et av de mest vesentlige vurderingstemaene er foreldrenes evne til omsorg. Både forarbeider og rettspraksis har vist at dette vurderingstemaet, i utgangspunktet har begrenset muligheten til å påberope andre forhold ved foreldrene som grunnlag for omsorgsvedtak, dersom omsorgsevnen ikke er blitt påvirket. Omsorgsevnen er det sentrale vurderingstemaet både i forhold til om det foreligger alvorlig omsorgssvikt, og i forhold til om man kan forhindre omsorgsovertakelse ved hjelpetiltak. Omsorgsevnen er også det sentrale vurderingstemaet i forhold til det enkelte barns behov.

Et annet vesentlig tolkingsmoment er at det skal tas hensyn til en samlet omsorgsevne, og at vurderingene derfor ikke ensidig kan fokusere på foreldrene manglende

omsorgsevne hver for seg eller samlet. Foreligger det en samlet omsorgsevne som innebærer en tilstrekkelig omsorgssituasjon, er det dette som er avgjørende for avgjørelsen. Dette gjelder uavhengig av om det kun er foreldrenes samlede omsorgsevne som er tilstrekkelig, eller foreldrenes omsorgsevne, supplert av andre i familien utover foreldrene, eller andre utenforstående.

Kriteriene for generell omsorgssvikt etter gjeldende lov, er den aktuelle omsorgssituasjonen. Dette er en endring fra den gamle barnevernloven, der kriteriet var at barnet var påført alvorlig skade eller at det var fare for slik skade. Etter gjeldende lov er det imidlertid ikke et slikt krav. Det har likevel vist seg at skadeelementet i praksis har vært et vesentlig bevismoment for om det foreligger en aktuell omsorgssvikt. Praktiseringen av gjeldende lov har derfor ikke medført noen særlig reell endring fra kriteriene etter gammel barnevernlov.

Ved skjønnsutøvelsen har det vist seg at forarbeidene har oppstilt en vesentlig retningslinje, ved at en plassering må være bedre for barnet. Retningslinjen innebærer at det skal skje en sammenliknende vurdering av det offentliges og foreldrenes omsorgstilbud. Retningslinjen innebærer at det ikke ensidig skal fokuseres på negative forhold ved foreldrenes omsorgstilbud, og ukritisk legge til grunn at det offentliges omsorgstilbud er bedre.

## **7 Litteraturliste**

### **Bøker:**

Boe, Erik. *Innføring i juss – Juridisk tenkning og rettskildelære*. B. 1. Oslo: TANO, 1993. ISBN 8251829453

Lindboe, Knut. *Barnevernrett*. 3. utg. Oslo: Tano Aschehoug, 1998. ISBN 8251836646

Ofstad, Kari. *Barnevernloven kommentarutgave*. Kari Ofstad, Randi Skar. 2. utg. Oslo: Juridisk Forlag AS, 1995. ISBN 8275130387

Smith, Lucy. *Barn og foreldre*. Lucy Smith, Peter Lødrup. 5. utg. 2. opplag. ved Peter Lødrup. Oslo: Grafisk Hus a.s, 1999. ISBN 82917240

### **Kapitler i bøker:**

Ericsson, Kjersti. *Barnevernet mellom to sosiale verdener*. I: Barnevernet og barnevernloven. Redigert av Mons Oppedal, Kirsten Sandberg, Aslak Syse (red.). Oslo: Ad Notam Gyldendal, 1994, s. 11-31. ISBN 8241704186

Iversen, Oddmar. *Hvorfor griper barnevernet inn, og hvilken hjelp hadde barna fått?* I: Barnevern og fylkesnemnd. Redigert av Sturla Falck, Toril Havik (red.). Oslo: Kommuneforlaget AS, 2000, s. 113-147. ISBN 8244607300

Loftsgaard, Lotte Pernille. *Menneskerettighetsdomstolens avgjørelser i saker om offentlig omsorgsovertakelse*. I: Barnevern og omsorgsovertakelse. Redigert av Steinar Tjomsland (RED). Oslo: Kommuneforlaget AS, 1997, s. 69-99. ISBN 8244603372

Sandberg, Kirsten. *Verdier og faglighet ved omsorgsovertakelse*. I: Barnevernet og barnevernloven. Redigert av Mons Oppedal, Kirsten Sandberg, Aslak Syse (red.). Oslo: Ad Notam Gyldendal, 1994, s. 31-51. ISBN 8241704186

Solum, Mette K. *Nytt i barnevernloven*. I: Barnevern og omsorgsovertakelse. Redigert av Steinar Tjomsland (RED). Oslo: Kommuneforlaget AS, 1997, s. 19-27. ISBN 8244603372

Stenwig, Elisabeth. *Rettspraksis om barnevern*. I: Barnevern og omsorgsovertakelse. Redigert av Steinar Tjomsland (RED). Oslo: Kommuneforlaget AS, 1997, s. 27-69. ISBN 8244603372

### **Artikler:**

Smith, Lucy. *Barn, foreldre og menneskerettigheter*. I: Jussens Venner. 1991, s. 101-122

### **Forarbeider, Etterarbeider m.v.**

NOU 1985: 18 Lov om sosiale tjenester m.v.

NOU 1995: 23 (1995-96) Barnevernfaglig sakkyndighetsoppgaver



NOU 2000: 12 Barnevernet i Norge.

Ot.prp.nr. 44 (1991-92) Om lov om barneverntjenester (barnevernloven)

Ot. prp. nr. 45 (2002-2003) Om lov om endring i menneskerettighetsloven mv.  
(innarbeiding av barnekonvensjonen i norsk lov)

Innst. O. nr. 80 (1991-92)

### **Rettspraksis:**

Rt 1982 s. 764

Rt 1984 s. 289

Rt 1990 s. 946

Rt 1991 s. 1355

Rt 1992 s. 242

Rt 1993 s. 671

Rt 1995 s. 350

Rt 1995 s. 447

Rt 1996 s. 1203

Rt 1998 s. 1702

Rt 1999 s 1883

Rt 2002 s. 327

Rt 2002 s 875

### **Lover:**

1915 Lov om domstolene (domstolsloven) av 13. august 1915 nr 5

Lov om rettergangsmåten for tvistemål (tvistemålsloven) av 13. august 1915 nr 6

1967 Lov om behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven) av 10. februar 1967

1981 Lov om barn og foreldre (barnelova) av 8. april 1981 nr 7

1986 Lov om adopsjon (adopsjonsloven) av 28. februar 1986 nr 8

1991 Lov om sosiale tjenester m.v. (sosialtjenesteloven) av 13. desember 1991 nr 81

- 1992 Lov om barneverntjenester (barnevernloven) av 17. juli 1992 nr 100
- 1999 Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett  
(menneskerettsloven) av 21. mai 1999 nr 30

**Konvensjoner:**

European convention for the protection of human rights and fundamental freedoms,

Roma 4. November 1950

*Norsk tittel:* Den europeiske menneskerettighetskonvensjon, 1950

Art. 8

Convention on the Rights of the Child,

20. November 1989

*Norsk tittel:* FNs konvensjon om barnets rettigheter (barnekonvensjonen), 1989

Art. 12

